TM-112 V. 1

Cafe

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO H- 6263

NUMERO CLASIFICACION

COMPRA___CANJE___DONACION___

FECHA: 29 AGO. 2003

PRECIO:

PROCEDENCIA: CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

PAIS:

Ej-2.

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO LXII

NUMEROS 493 - 494

PRIMER SEMESTRE DE 1987

Vol. 1

RELATORAS:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

(Encargada en la Secretaría General desde enero 16 de 1987, hasta junio 5 de 1987, fecha en la cual tomó posesión en propiedad, de dicho cargo).

Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

EDITORIAL PENICENTRAL DE COLOMBIA FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

CONSEJO DE ESTADO

PRIMER SEMESTRE

1987

SALA PLENA

Presidente:

Doctor Gaspar Caballero Sierra

Vicepresidente:

Doctor Joaquín Vanín Tello

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Dr. Guillermo Benavides Melo
Dr. Samuel Buitrago Hurtado
Dr. Simón Rodríguez Rodríguez
Dr. Miguel Betancourt Rey
se retiró en marzo 12 de 1987. Hasta el 14 de mayo de 1987 se desempeñó en interinidad el doctor José Joaquín Camacho Pardo. A partir de junio 15 de 1987 se posesionó y en propiedad el **Dr. Antonio Alvarado Pantoja.**

SECCION SEGUNDA

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

SECCION TERCERA

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

SECCION CUARTA

Dr. Jaime Abella Zárate
Dr. Policarpo Castillo Dávila
interino hasta mayo 4 de 1987. A partir de mayo 5 de 1987 se posesionó en propiedad la **Dra. Consuelo Sarria Olcos.**
Dr. Carmelo Martínez Conn
Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Jaime Betancur Cuartas

Dr. Jaime Paredes Tamayo

Dr. Humberto Mora Osejo

Dr. Gonzalo Suárez Castañeda (Interino hasta mayo 4 de 1987. En mayo 5 de 1987 se posesionó el *doctor Javier Henao Hidrón*, en propiedad).

FISCALES:

1º *Dr. Alvaro León Cajiao*

2º *Dra. Edné Cohen Daza*

3º *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

4º *Dr. Euclides Londoño Cardona*

5º *Dra. Clara Forero de Castro*

6º *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Darío Quiñones Pinilla (Se retiró en enero 15 de 1987. A partir de enero 16 de 1987 se encargó a la *doctora Nubia González Cerón*, cargo del cual tomó posesión por ser nombrada en propiedad a partir de junio 5 de 1987).

RELATORAS:

Dra. Nubia González Cerón (Se retiró en junio 4 de 1987)

Dra. María Elena Giraldo Gómez

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO PRIMERO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

PERIODISTAS. EJERCICIO DE LA PROFESION EN FORMA PERMANENTE.—

1º Prueba. Exigencia (art. 3º de la Ley 51 de 1975, art. 5º del Decreto 1590 de 1978.

2º Prueba principal y prueba supletoria. La ley ordena presentar la declaración del Director del periódico acerca del ejercicio del periodismo, y solamente en la hipótesis en que resulte imposible obtener esa declaración, como sería la muerte o la enfermedad inhabilitante, se puede acudir a la prueba supletoria.

3º Consecuencias de testimonio negativo dado por el Director del periódico: En esta hipótesis no es posible admitir prueba supletoria porque existe el testimonio del Director del periódico.

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

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: Número 073.

En Oficio número 1719, la Ministra de Educación Nacional solicita de la Sala concepto sobre la consulta que se transcribe textualmente:

"Referencia: Consulta sobre interpretación del literal b), artículo 5º de la Ley 51 de 1975.

La Ley 51 de 18 de diciembre de 1975 que reglamentó el ejercicio del periodismo en Colombia y dictó otras disposiciones sobre la materia, en su artículo 5º, literal b), textualmente expresa:

> 'Artículo 5º El Ministerio de Educación Nacional otorgará previa inscripción, la tarjeta profesional anterior, una vez llenado uno o varios de los requisitos a que se refiere el artículo 3º de la presente ley así: a)..., b) El tiempo de ejercicio periodístico se acreditará con la declaración jurada del Director o Directores del medio o medio (sic) de comunicaciones en los cuales haya trabajado el aspirante, *o subsidiariamente* (el subrayado es nuestro) con declaraciones juradas de tres periodistas a los cuales conste directamente el ejercicio periodístico durante los años requeridos'.

Se consulta a la Sala sobre la interpretación de la expresión *'o subsidiriamente'*, dentro del contexto normativo del literal b) del artículo 5º de la Ley 51 de 1975, planteándose dos interrogantes:

1º ¿Debe entenderse que el término 'o subsidiariamente' que aparece inserto dentro del contexto del literal b), artículo 5º de la Ley 51 de 1975, como un medio de prueba que obliga al aspirante a otorgamiento de la tarjeta de periodista a agotar inicial y prioritariamente la declaración jurada del Director o Directores del medio o medios de comunicación en los cuales haya trabajado con carácter principal y único, o ante la ausencia de dicho medio probatorio, acudir al literal b) presentando la prueba subsidiaria o supletoria que la misma norma contempla, cual es la de presentar las tres declaraciones juradas de periodistas profesionales a quienes les conste directamente el ejercicio periodístico, por parte del aspirante y durante los años que para estos efectos exige la misma ley?

2º De acuerdo al contenido literal de la misma disposición, ¿puede el peticionario escoger indistintamente y en forma perfectamente voluntaria y potestativa, uno cualquiera de los medios de prueba previstos en la norma legal, sin sujeción obligada a prioridad legal alguna en cuanto a cuál de ellas debe darse aplicación principal y a cuál supletoria o secundaria?".

Considera la Sala:

Entre los requisitos exigidos por el artículo 3º de la Ley 51 de 1975 para ejercer en forma permanente la profesión de periodista, el de comprobar haber ejercido el periodismo durante un lapso no inferior a cinco años anteriores a la vigencia de tal ley, lo regula la misma en su artículo 5º imponiendo en primer término como medio probatorio adecuado, la declaración jurada del Director del respectivo medio de comunicación o subsidiariamente, las declaraciones juradas de tres periodistas a los cuales conste directamente el ejercicio periodístico durante los años requeridos.

Reglamenta la citada norma el artículo 5º del Decreto 1590 de 1978, en los siguientes términos:

"Las declaraciones juradas a las cuales se refiere el artículo 5º de la Ley 51 de 1975, para probar la experiencia profesional en periodismo, deberán ser rendidas con exclusividad ante Jueces Civiles de la Rama Jurisdiccional del Poder Público".

De reglamentación tan especial y expresa de un medio de prueba, cabe inferir, *ab initio*, que no contiene facultad de iniciativa del particular para escoger otro ni de la administración para exigírselo, como tampoco para alternar a voluntad su aporte o su recibo, en detrimento de la imperatividad de la norma:

"Cuando la ley o los reglamentos, dice el artículo 10 del Código Contencioso Administrativo, exijan acreditar requisitos especiales para que *pueda* iniciarse o adelantarse la actuación administrativa, la relación de todos estos deberá fijarse en un lugar visible al público en las dependencias de la entidad".

Y "cuando una petición no se acompañe de los documentos o informaciones necesarias, en el acto de recibo se le indicarán al peticionario

los que falten; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas. Si es verbal no se le dará trámite (art. 11 *ibídem*).

"Si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son *suficientes* para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión y en la misma forma verbal o escrita en que haya actuado, el aporte de lo que haga falta" (art. 121 *ibídem*).

.....

Como requisito especial, cuya satisfacción implica aporte de los documentos suficientes para decidir, la suficiencia se vincula en primer término con el medio probatorio señalado taxativamente en la ley como principal, es decir, con la declaración jurada del Director del respectivo medio de comunicación, decisiva, por sí sola a los fines indicados en la norma.

Característica de tal medio probatorio es la de ser individualizado en cuanto elemento de prueba considerado en sí mismo y legítimamente admisible, sin que excluya o limite, no obstante su conducencia y utilidad, la admisión de otro medio subsidiario. En todo caso, la declaración en cuestión se antepone y prefiere a las declaraciones juradas de tres periodistas sobre ejercicio periodístico del interesado. Esta preferencia, que liga por igual al particular y a la administración, impone así mismo, límites que ni uno ni otra pueden rebasar: El primero debe satisfacer el requisito especial en el orden que la ley impone, es decir, acompañando a su petición, para que sea completa, la prueba principal, y debe la administración, cuando no lo sea, requerirlo para que la complete, o decidir sobre la petición con la prueba principal aportada.

El requerimiento, precisamente, daría oportunidad de aportar la prueba supletoria, subordinada a falta de la principal, que, sólo entonces resultaría conducente, eficaz y bastante para demostrar el respectivo ejercicio periodístico, "subsidiariamente" o "de manera subsidiaria", es expresión que "se aplica a la acción o responsabilidad dispuestas para sustituir a otra principal en caso de fallar ésta" (Diccionario de uso del Español María Moliner, 2ª acepción). Aunque llegado el caso, la ley permite darle al medio de prueba subsidiaria o supletoria un mérito idéntico al del principal, el alcance de la calificación que da la Ley 51 de 1975, entendido en el sentido expuesto, obliga al aspirante a obtener su tarjeta de periodista, a aportar inicial y prioritariamente la declaración jurada del Director del respectivo medio de comunicación. Sólo, en defecto de ésta, puede acudir a la presentación de tres declaraciones de periodistas a los cuales conste directamente el ejercicio periodístico requerido.

En conclusión, la ley ordena presentar la declaración del Director del periódico acerca del ejercicio del periodismo, y solamente en la hipótesis en que resulte imposible obtener esa declaración, como sería la muerte o la enfermedad inhabilitante, se puede acudir a la prueba supletoria.

El carácter subsidiario de la prueba de tres testigos no es discrecional en el sentido de que el interesado pueda optar libremente entre el testimonio del Director y el de los tres otros periodistas, porque el término subsidiario significa sustitución de una prueba por otra, ante la imposibilidad de obtener la primera, pero no significa discrecionalidad.

En este orden de ideas si el testimonio del Director del periódico se obtiene, el Ministerio de Educación debe resolver exclusivamente con fundamento en él, si por ejemplo ese testimonio es negativo, es prevaleciente y por lo tanto debe denegarse la expedición de la tarjeta profesional. En esta hipótesis no es posible admitir prueba supletoria porque existe el testimonio del Director del periódico.

En estos términos se absuelve la consulta de la referencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

DOCENTES. REINTEGRO AL SERVICIO EN VIRTUD DE UNA SENTENCIA DICTADA POR LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EMOLUMENTOS DEJADOS DE PERCIBIR EN VIRTUD DE LA INSUBSISTENCIA ILEGALMENTE DECLARADA. Y EMOLUMENTOS RECIBIDOS POR EL CARGO DESEMPEÑADO DURANTE EL TIEMPO QUE DURO LA INSUBSISTENCIA.—

Artículo 64 de la Constitución Nacional. Sólo pueden recibir la suma de dinero correspondiente a la diferencia que exista entre el sueldo dejado de devengar y el sueldo que recibió en el cargo desempeñado cuando estuvo fuera del servicio docente, si es que el primero es mayor.

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

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Consulta sobre la aplicación del artículo 64 de la Constitución Nacional. Radicación número 082.

La señora Ministra de Educación Nacional formula una consulta en los siguientes términos:

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dictó una sentencia mediante la cual, como culminación de la acción prevista en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, anuló actos administrativos por los cuales se había declarado insubsistentes a profesores de Institutos de Enseñanza Media Diversificada (INEM), adscritos al Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE), y, como restablecimiento del derecho, ordenó reintegrar a los demandantes a sus cargos y reconocerles y pagarles la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fueron separados del servicio hasta cuando se les reintegrara, habiendo declarado, por otra parte, que para los efectos prestacionales debería considerarse que no había existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

Con base en la anterior información se pregunta si los docentes favorecidos con el fallo pueden recibir los dineros correspondientes a sueldos, primas, etc., que la sentencia ordenó pagarles, en el caso de que durante el tiempo en que estuvieron retirados del servicio docente hubieran devengado otros sueldos, primas, etc., provenientes del Tesoro Público, o si en tal hipótesis se violaría el artículo 64 de la Constitución Nacional.

La Sala considera y responde:

Planteada en términos generales, la consulta formula el interrogante de si un docente que ha sido reintegrado a su cargo, en virtud de una sentencia dictada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede —en cumplimiento de lo ordenado en dicha sentencia— recibir dineros por concepto de sueldos, primas, etc., correspondientes al tiempo en que estuvo fuera del servicio docente, en el caso de que durante ese lapso haya devengado otras sumas de dinero, provenientes del Tesoro Público, también por concepto de sueldos, primas, etc.

Para que se de el caso en cuestión es necesario que el educador que estuvo retirado de su cargo durante algún tiempo, con base en una declaración de insubsistencia que a la postre resultó anulada, haya estado trabajando para la administración pública, durante aquel tiempo, o parte de él en un cargo diferente, y que como remuneración de ese trabajo haya recibido sueldos, primas, etc., provenientes del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado.

Pues bien, el artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:

"Artículo 64. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios".

Como se observa, es voluntad del constituyente que ninguna persona pueda recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de instituciones o empresas en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se establezcan en la ley. El Consejo de Estado, en reiteradas jurisprudencias, se ha pronunciado sobre este punto y ha analizado ampliamente el alcance de la anterior norma constitucional.

Por otra parte, el Decreto-ley 1042 de 1978, dispuso en su artículo 32, lo siguiente:

"Artículo 32. De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ningún empleado público podrá percibir más de una asignación que provenga del Tesoro, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea en razón de contrato, de comisión o de honorarios.

"Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo las asignaciones que a continuación se determinan:

"a) Las que provengan del desempeño de empleos de carácter docente en los establecimientos educativos oficiales, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo;

"b) Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de tales cargos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro cargo no exceda la remuneración total de lo Ministros del Despacho;

"c) Las que provengan de pensión de jubilación y del ejercicio de los cargos de Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Viceministro, Subjefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Secretario General de Ministerio, Departamento Administrativo o Superintendencia, Director General de Establecimiento Público o de empresa industrial o comercial del Estado, Secretario General de establecimiento público, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este ordinal, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo percibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la ley para los Ministros del Despacho;

"d) Las que provengan de los honorarios percibidos por asistir en calidad de funcionario a juntas o consejos directivos, sin que en ningún caso puedan percibirse honorarios por la asistencia a más de dos de ellas;

"e) Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro perciban antiguos miembros de las Fuerzas Armadas, con el mismo límite señalado en el ordinal c) del presente artículo".

De modo que el principio general es el de que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, excepción hecha de los casos expresamente previstos en la ley. Si como lo dice, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "asignación" es toda "cantidad señalada por sueldo o por otro concepto", necesariamente las sumas recibidas a título de sueldo, primas, etc., dejado de devengar durante el tiempo en que se estuvo fuera del servicio y que deban ser pagadas al docente en virtud de lo ordenado en la sentencia, constituyen "una asignación". Y ocurre que la posibilidad de recibir esta asignación específica no está contemplada dentro de las excepciones al principio general, establecidas taxativamente en la ley.

Como quiera que los dineros que se pagan a un docente para restablecerlo en el derecho que tenía de devengar los emolumentos dejados de percibir en virtud de la insubsistencia ilegalmente declarada, provienen del Tesoro Público, y como quiera que la misma sentencia dispone que para todos los efectos legales se considerará que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio docente, si el educador en cuestión ocupó durante el tiempo que duró la inusbsistencia, un cargo diferente, por cuyo desempeño le fueron pagados sueldos, primas, etc., provenientes del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, de la aplicación del principio general ya tantas veces mencionado, se infiere que sólo podrá percibir la suma de dinero correspondiente a la diferencia que exista entre el sueldo dejado de devengar y el sueldo que recibió en el cargo desempeñado cuando estuvo fuera del servicio docnte, si es que el primero es mayor. De lo contrario, se violaría la disposición contenida en el artículo 64 de la Carta, pues se estaría recibiendo dos asignaciones del Tesoro Público.

Es deber de la administración velar porque se cumpla el citado precepto constitucional; de manera que antes de cancelar las sumas de dinero a cuyo pago fue condenada en la sentencia debe constatar que

no se haya pagado al educador sueldos, primas, etc., provenientes del Tesoro Público o de las empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, durante el período en que estuvo fuera del servicio docente; y en el caso de que así hubiere ocurrido tales sumas deberán ser deducidas del total adeudado.

Existiría, eso sí, una posibilidad que cabría dentro de la excepción prescrita en el ordinal a) del artículo 32 del Decreto-ley 1042 de 1978, antes transcrito, en cuya ocurrencia no habría lugar a descontar lo recibido durante el tiempo que duró la insubsistencia: Es el caso de que durante dicho lapso el educador hubiera recibido una asignación correspondiente al desempeño de otro empleo de carácter docente, en la categoría de medio tiempo o de cátedra. Si la norma mencionada permite que se pague a cualquier empleado público, además de la asignación que reciba como remuneración de su empleo principal, aquella proveniente del desempeño de la docencia en establecimientos educativos oficiales, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo, obviamente, el docente que hubiera —valga el ejemplo— trabajado como profesor de cátedra durante el tiempo en que duró su insubsistencia del cargo docente al cual la sentencia ordena se le reintegre, tiene derecho al pago total de los sueldos, primas, etc., que la sentencia haya ordenado pagarle, sin que deba deducirse la remuneración que hubiere recibido por las cátedras dictadas.

En esta forma 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.

EDUCACION SUPERIOR.—

El alcance del artículo 5º del Decreto 2905 no incide en la vigencia de las disposiciones de los Decretos extraordinarios 80 y 81 de 1980, mucho menos el del artículo 50 del Decreto 1002 de 1978 cuya naturaleza y contenido necesariamente estén ante la prevalente aplicación de éstas.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: Número 081.

En Oficio número 1926, la señora Ministra de Educación Nacional solicita a la Sala concepto sobre la consulta que se transcribe textualmente:

"... Para una mayor precisión en el asunto materia de la consulta, tengo a bien hacer una breve reseña de las normas que se estiman pertinentes:

El Decreto-ley 80 de 1980, 'por el cual se organizó el Sistema de Educación Post-Secundaria', establece:

Artículo 24. Para procurar una acción coherente, integrada y eficaz de las instituciones del Sistema de Educación Superior, el ICFES podrá crear órganos asesores suyos en las áreas que considere conveniente.

En estos órganos participarán además del propio ICFES, instituciones de educación superior y otras entidades.

Artículo 41. Para ofrecer o adelantar programas en las diferentes modalidades educativas de que trata el artículo 25 de este Decreto y para otorgar los títulos respectivos se requiere expresa autorización previa del ICFES.

Artículo 194. Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición, deroga las disposiciones que le sean contrarias y especialmente la Ley 48 de 1945, el Decreto legislativo 0277 de 1958, con excepción del artículo 14 y el Decreto 970 de 1970.

De otra parte, existen dos Decretos que tratan de instituciones y programas en el área de Ciencias de la Salud, así:

El Decreto 2905 de 1977, 'por el cual se crea el Consejo Nacional de Formación de Recursos Humanos para la Salud', adscrito al Ministerio de Salud, en cuyo artículo 5º, establece: Son funciones del Consejo Nacional de Formación de Recursos Humanos para la Salud, las siguientes:

5. Estudiar y conceptuar sobre la conveniencia y requisitos para la creación de nuevas facultades, escuelas o instituciones y programas de formación o capacitación de personal de salud.

Artículo 6. Los Ministerios de Educación Nacional y de Salud, el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior y el Servicio Nacional de Aprendizaje, sólo podrán autorizar la creación de las instituciones y programas de que tratan los ordinales 4) y 5) del artículo 5º, cuando cuenten con el concepto previo del Consejo.

Los Ministerios de Educación Nacional y de Salud, el ICFES y el SENA sólo podrán conceder la respectiva autorización para la iniciación, aprobación y prórroga de programas de formación o capacitación de personal del área de la Salud, cuando cuenten con el concepto previo del Consejo en el cual debe establecerse si se ha cumplido con los objetivos educacionales terminales y el contenido mínimo de los programas. Si la entidad correspondiente no hubiere aprobado previamente los objetivos educacionales terminales o el contenido mínimo del programa el Consejo procederá a hacer las recomendaciones pertinentes.

Parágrafo 1º Para rendir los conceptos de que trata el artículo 6º, el Consejo dispondrá de un plazo improrrogable de sesenta (60) días, vencidos los cuales si no se hubiere producido dicho concepto, el Ministerio de Educación Nacional, el de Salud, el ICFES o el SENA, según sea el caso, tomará la decisión que considere conveniente.

Parágrafo 2º El Ministerio de Educación Nacional, el de Salud, el ICFES o el SENA, según sea el caso, contará con un lapso improrrogable de sesenta (60) días, contados a partir de la fecha en que el Consejo emita una recomendación de las que trata el ordinal 6) del artículo 5º, para definir los objetivos educacionales terminales o el contenido mínimo del programa de formación o capacitación pertinente.

Si vencido este lapso no se hubiere producido tal decisión, la entidad correspondiente deberá adoptar inmediatamente la recomendación que hubiere formulado al Consejo.

Es del caso anotar, que el inciso final del parágrafo 2º del artículo 6º que acaba de transcribirse, fue declarado nulo mediante la sentencia del 3 de mayo de 1979, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Es pertinente destacar que, según el artículo 2º del Decreto 2905 de 1977, el citado Consejo está integrado, entre otros, por el Director del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.

El Decreto 1002 de 1978, 'por el cual se reglamentan las Leyes 10 de 1962 y 52 de 1964 y se dictan otras disposiciones sobre odontología', en su artículo 50 establece: 'La enseñanza de las ramas auxiliares de la odontología, requieren concepto favorable del Consejo Nacional de Formación de Recursos Humanos para la Salud y autorización del Ministerio de Salud, y sólo podrán impartirla las Facultades de Odontología legalmente establecidas'.

Parágrafo. Las entidades científicas o asociaciones gremiales relacionadas con la Odontología previo concepto favorable del Consejo Nacional de Salud, podrán formar asistentes de consultorio dental, higienistas dentales y mecánicos dentales de laboratorio de prótesis dental, siempre y cuando obtengan el respaldo académico de una facultad legalmente establecida.

En el momento en que el ICFES conceptúa sobre la solicitud de reconocimiento de personería jurídica de instituciones de educación superior que se van a desempeñar en la formación de profesionales en el área de *Ciencias de la Salud*, o cuando se solicita de dicho instituto licencia de funcionamiento para programas de esta área del conocimiento, han surgido dos corrientes de opinión, así:

La una considera que el Decreto-ley 80 de 1980 regula íntegramente la materia, en el cual está contenida toda la organización del sistema de educación superior y que, en consecuencia, las normas transcritas de los Decretos 2905 de 1977 y 1002 de 1978 están derogadas, y el ICFES no tiene la obligación de solicitar el concepto de que se ha hablado al Consejo Nacional de Formación de Recursos Humanos para la Salud.

La otra corriente de opinión afirma que no todas las normas sobre la organización del sistema de educación superior están contenidas en el sobredicho Decreto-ley 80 de 1980, que éste no regula íntegramente la materia, que sólo quedaron derogadas 'las disposiciones que le son contrarias', que las normas transcritas de los mentados Decretos 2905 de 1977 y 1002 de 1978, no son contrarias a las disposiciones generales del Decreto-ley 80 de 1980, por lo cual el ICFES está obligado a solicitar el concepto del citado Consejo Nacional, porque estas normas son de carácter *especial* y, según la regla primera de la Ley 57 de 1887: 'La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general'.

Esta segunda corriente de opinión estima que las normas especiales transcritas del Decreto 2905 de 1977 tienen su fuente directa en el numeral 12 del artículo 120 de la Constitución Política, poseen la categoría de un reglamento constitucional y, dentro de su órbita específica, son de la misma jerarquía de la ley.

Se solicita de la honorable Corporación se sirva absolver la siguiente consulta:

El Decreto-ley 80 de 1980 regula íntegramente la organización del sistema de educación superior y, en consecuencia, los artículos 5º, numeral 52 y 6º del Decreto 2905 de 1977 y 50 del Decreto 1002 de 1978 están derogados? O, por el contrario, por ser las últimas

normas mencionadas disposiciones relativas a un asunto especial prefieren a las de carácter general del Decreto-ley 80 de 1980?".

Considera la Sala:

La Ley 8ª de 1979 otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para establecer la naturaleza, características y componentes del sistema de educación post-secundaria; fijar requisitos para la creación y funcionamiento de instituciones públicas y privadas de educación post-secundaria, reorganizar la Universidad Nacional de Colombia y las demás universidades e institutos oficiales de nivel post-secundario y para expedir las normas sobre escalafón nacional del sector docente y derogar unas normas.

En lo pertinente tales facultades quedaron precisadas en el artículo 1º de la Ley, así:

1º Definir la naturaleza del sistema de educación post-secundaria tanto pública como privada en orden a, unificar el régimen y los programas para que haya armonía entre todos los centros educativos del sistema y las autoridades encargadas de la orientación y vigilancia del funcionamiento de los mismos.

2º Fijar los requisitos y procedimientos para la creación y funcionamiento de instituciones públicas y privadas pertenecientes al sistema, en concordancia con los planes sectoriales de desarrollo dentro de una política de democratización de la enseñanza universitaria y tecnológica y de mayor descentralización de la misma.

El ejercicio de las facultades otorgadas, que compendia el Decreto extraordinario 80 de 1980, en cuanto organiza el sistema de educación post-secundaria, constituido por el conjunto de instituciones y programas de este nivel, tuvo como objetivo "armonizar la acción de las instituciones educativas entre sí y con las autoridades encargadas de la orientación y vigilancia del sistema" (artículo 22, aparte d), objetivo reiterado al facultar al ICFES para crear órganos asesores suyos en las áreas que considere conveniente, con participación del propio ICFES, instituciones de educación superior y otras entidades: "Procurar una acción coherente, integrada y eficaz de las instituciones y programas del sistema de educación superior" (art. 24 *ibidem*).

El sistema de educación superior que establece el Decreto 80 de 1980 comprende los fines generales de acción de las autoridades encargadas de la orientación y vigilancia del sistema y la garantía de que instituciones y programas de nivel superior cumplan los requisitos mínimos académicos, científicos y administrativos. Entre estos últimos están los determinados por la Junta Directiva del ICFES, con la aprobación del Gobierno Nacional para la creación y funcionamiento de los programas de educación superior así como los contenidos mínimos de los mismos.

De otra parte, la presentación de proyectos de creación de instituciones de educación superior por parte del Ejecutivo a la consideración del Congreso Nacional, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, debe estar acompañada del respectivo estudio de factibilidad debidamente aprobado por el ICFES y el mismo concepto se

requiere para el otorgamiento de personería jurídica a instituciones no oficiales por parte del Ministerio de Educación Nacional.

Es requisito previo, también, a la decisión del ICFES sobre las solicitudes de licencias de funcionamiento o de aprobación de *todos los programas de educación superior*, el concepto del Comité de Planeación de la Educación Superior, exigido en cada caso sobre la conveniencia de creación de instituciones de educación superior y de seccionales de las mismas.

El estudio de factibilidad que debe acompañarse al proyecto de creación o a la solicitud de reconocimiento de personería jurídica de toda institución de educación superior comprende, en su contenido mínimo, "los objetivos generales y el carácter académico de la institución, áreas del conocimiento de los programas que se proyecta ofrecer y su relación con las características educativas regionales".

La concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social vigente y los proyectos sectoriales y regionales, si los hubiere, es otra exigencia previa del estudio de factibilidad; y del Comité de Planeación de Educación Superior hace parte el Jefe del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.

Introducir requisitos administrativos extraños al Sistema de Educación Superior, no parece propiciar su integración con los demás sectores básicos de la actividad nacional, ni consulta el espíritu ni el tenor literal de las normas de los Decretos 80 y 81 de 1980 y de sus reglamentos. Al definir el primero, los principios y fijar las normas que regulan la Educación Post-Secundaria o Superior, y al derogar, a partir de la fecha de su expedición las disposiciones que le fueren contrarias, no hizo excepción expresa respecto del Decreto ejecutivo número 2905 de 1977, o concretamente de su artículo 5º, numeral 5º, como tampoco del artículo 50 del Decreto reglamentario número 1002 de 1978.

Atribuida exclusiva y genéricamente al ICFES una decisión de carácter administrativo, previo cumplimiento de determinados requisitos, ninguno extraño fijado insularmente, puede concurrir con carácter especial o excepcional, dentro de un criterio de interpretación sistemática que ante todo debe establecer la relación de los textos legales con la institución jurídica integrada a un sistema, y la de los fines generales de cada institución, con los fines generales del sistema mismo.

Ni el Decreto 2905 de 1977 tiene el origen y categoría que una corriente de opinión le asignan, ni el Decreto 1002 de 1978 la virtualidad ejecutoria derivada de las leyes que reglamenta, propia de estas, antes que de sus reglamentos.

Y no la tienen porque el Decreto 2905 de 1977 fue dictado por el Presidente de la República "en ejercicio de sus facultades legales", y porque el requisito establecido por el artículo 50 del Decreto 1002 de 1978 no lo contienen las leyes que reglamenta, 10 de 1962 y 52 de 1964, ya que, por la fecha de su expedición y sanción no existía el organismo creado por el Decreto 2905 bajo el nombre de Consejo Nacional de Formación de Recursos Humanos para la Salud.

Así enfocada la cuestión propuesta en la consulta transcrita resulta lógico entender que el alcance del artículo 5º del Decreto 2905 no llega a incidir, en la vigencia de las disposiciones de los Decretos extraordinarios 80 y 81 de 1980, mucho menos el del artículo 50 del Decreto 1002 de 1978, cuya naturaleza y contenido necesariamente ceden ante la prevalente aplicación de estos.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la señora Ministra de Educación Nacional.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PLANTAS GENERADORAS DE ENERGIA ELECTRICA.—

1º Sus COMPONENTES, son considerados como INMUEBLES POR DESTINACION.

2º Para efectos del Estatuto de contratación administrativa, el mantenimiento y reparación de tal clase de máquinas ha de efectuarse mediante la celebración de CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS (Decreto-ley 222 de 1983, art. 164).

3º BIENES MUEBLES E INMUEBLES (art. 658).

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

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Naturaleza o clasificación de los bienes que forman parte de las plantas de generación de Energía Elétcrica, su régimen de contratación para el mantenimiento de los mismos. Radicación: número 086.

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

Fundamentos de la consulta:

Algunas entidades descentralizadas del sector minero-energético, tienen entre sus funciones la prestación del servicio público de producción y transmisión de energía eléctrica.

Para tal efecto tienen instaladas plantas de generación constituidas por un conjunto de elementos como son: Calderas, turbinas, generadores, transformadores, bombas, etc.

Las normas técnicas para la utilización de estos equipos recomiendan la realización periódica de mantenimiento, que generalmente se realiza desmontando, revisando y reparando o cambiando las piezas que así lo exijan.

El Código Civil determina la naturaleza de las cosas corporales en los siguientes artículos:

Artículo 654. "Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles".

Artículo 655. "Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sean moviéndose ellas a sí mismas como los ani-

males (que por eso se llaman semovientes), como las cosas inanimadas.

Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658".

Artículo 659. "Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.

Las casas y heredades se llaman predios o fundos".

Artículo 657. "Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro".

Artículo 658. "Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento.

Tales son, por ejemplo:

Las losas de un pavimento;

Los tubos de las cañerías;

Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca;

Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla;

Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste;

Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares con tal que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio".

Artículo 661. "Las cosas que por ser accesorias a bienes raíces se reputan inmuebles, no dejan de serlo por su separación momentánea; por ejemplo, los bulbos o cebollas que se arrancan para volverlos a plantar, y las losas o piedras que se desencajan de su lugar para hacer alguna construcción o reparación y con ánimo de volverlas a él. Pero desde que se separan con el objeto de darles diferente destino, dejan de ser inmuebles".

A su vez el Decreto 222 de 1983, en sus artículos 81, 163 y 164 dispone lo siguiente:

Artículo 81. "Del objeto del contrato de obras públicas.

Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público".

Artículo 163. "De la definición de contrato de prestación de servicio.

Para los efectos del presente estatuto se entiende por contratos de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la actuación de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hayan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.

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

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

Artículo 164. "De las clases de contratos de prestación de servicios.

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

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

Se consulta:

1. ¿A qué tipo de bienes (muebles o inmuebles) pertenecen los componentes de las plantas de generación tales como, calderas, turbinas, transformadores, generadores, bombas, etc.?

2. ¿De ser considerados bienes muebles, cuál será el procedimiento a seguir para la contratación de los mantenimientos (Overhaul)?

3. ¿De ser considerados bienes inmuebles y teniendo en cuenta que el mantenimiento de las unidades, debe ser realizado, en algunos casos, directamente por el fabricante, qué procedimiento debería soportarse para la contratación del mismo?

La Sala considera y responde:

Estima la Sala que para la absolución de los interrogantes planteados, no es necesario acudir a la determinación exacta de que ha de entenderse por un bien mueble o inmueble a efectos de precisar qué clase de contrato habrá de celebrarse para la reparación, mantenimiento y sostenimiento rutinario de equipos y maquinarias dedicados a la generación de Energía Eléctrica. En efecto, es claro conforme al artículo 658 del Código Civil que aquellos bienes muebles destinados al uso,

cultivo y beneficio de un inmueble, se reputan inmuebles, no obstante que puedan separarse sin detrimento. Son estos los llamados inmuebles por destinación, de los cuales la norma da algunos ejemplos. Piénsese para los efectos del caso consultado, en los citados por el artículo 658 y referentes a prensas, calderas, cubos, alambiques, toneles, máquinas que forman parte de un establecimiento industrial. No habría pues discusión alguna en cuanto a la clasificación de las calderas, turbinas, generadores, transformadores, bombas, etc., de una planta generadora de energía eléctrica, como *inmuebles por destinación.*

Ahora bien, esta clasificación como bienes inmuebles por destinación no determina la naturaleza del contrato a celebrarse para efectos del mantenimiento a que deben ser sometidos los citados equipos.

En efecto, el artículo 81 del Estatuto Contractual al definir el contrato de obras públicas como aquél que se celebra para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, *conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles* de carácter público se refiere a aquellos bienes inmuebles en sentido estricto definidos por el artículo 656 del Código Civil como "las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y los que adhieren permanentemente a ellos, como los edificios, los árboles...". No otro alcance puede dársele a esta norma, ya que si bien las calderas, turbinas, generadores y demás máquinas de una planta generadora de energía son considerados inmuebles por destinación, es claro que el Estatuto Contractual establece la figura del contrato de prestación de servicios como medio jurídico habilitante para celebrar los convenios que tengan por objeto el mantenimiento y reparación de aquellos.

Basta para demostrar lo anterior la transcripción del artículo 164 del Decreto-ley 222 de 1983 que a la letra dice: *"De las clases de contratos de prestación de servicios.* Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, *mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares..."* (subrayas fuera de texto). Hace referencia la norma en forma expresa al mantenimiento y reparación de equipos, maquinaria, instalaciones y similares, para determinar que la figura jurídica a utilizar para regular las relaciones entre contratista y contratante en los eventos allí señalados a título simplemente enunciativo, será la del contrato de prestación de servicios.

En nada afecta la determinación de bien inmueble por destinación o de bien mueble que se les dé a las turbinas, generadores, transformadores, calderas, etc. de las plantas generadoras de energía eléctrica, ya que si bien han de considerarse inmuebles por destinación, es claro, que su sostenimiento, mantenimiento y reparación, sea cual fuere su clasificación, serán contratados por las entidades públicas, acudiendo al contrato de prestación de servicios.

Con base en las breves consideraciones anteriores se responde los interrogantes en la siguiente forma:

1. Los componentes de las plantas generadoras de energía eléctrica, son considerados bienes inmuebles por destinación.

2. *Para efectos del Estatuto de contratación administrativa, el mantenimiento y reparación de tal clase de máquinas ha de efectuarse mediante la celebración de contratos de prestación de servicios.*

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, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONCEJALES.—
No pueden ser nombrados como alcaldes.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: Número 087.

El señor Ministro de Gobierno formula a la Sala la consulta que se transcribe a continuación:

> "Artículo 87. Los concejales principales y suplentes no podrán ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo Municipio, a menos que fuere en los cargos de secretario de la Alcaldía o gerente de entidad descentralizada.
>
> Los Personeros, Tesoreros, Contralores, Auditores y Revisores no podrán nombrar para ningún cargo en las oficinas de su dependencia a los Concejales principales o suplentes, ni a los suplentes, ni a los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Es nulo todo nombramiento que se haga en contravención a lo aquí dispuesto".

Como antecedentes tenemos que de acuerdo a los artículos 27 de la Ley 96 de 1920, 9º de la Ley 777 de 1931, y 1º de la Ley 5ª de 1929, los Gobernadores no podían nombrar a los diputados en cargos diferentes de los Secretarios de Gobernación; ni los Alcaldes podían designar a los concejales en cargos diferentes de los de Secretarios de Alcaldía. En otras palabras, la prohibición estaba referida a los nombramientos que hicieren los gobernadores y los alcaldes, en diputados y concejales, respectivamente.

Al entrar en vigencia las Leyes 3ª y 11 de 1986, la referida prohibición se modificó y ya no se refirió exclusivamente a designaciones que efectuaren el Gobernador y Alcalde, según el caso, sino que las citadas leyes extendieron la prohibición en el sentido de que los diputados principales y suplentes no pueden ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo departamento, excepto en los cargos de Secretarios de Gobernación o de Alcaldes; así como los concejales

principales y suplentes no pueden ser designados empleados o trabajadores del respectivo municipio, excepto como secretarios de alcaldía y gerentes de entidades descentralizadas. Las normas de la Ley 3 y 11 de 1986, corresponden actualmente a los artículos 49 y 87 de los Códigos de Régimen Departamental y Municipal, respectivamente.

Partiendo de la base de que el Gobernador, como Jefe de la Administración Departamental es el primer funcionario del Departamento, y en las mismas condiciones, el Alcalde como Jefe de la Administración Municipal es el primer funcionario del Municipio, los disputados no podrían ser nombrados gobernadores, ni los concejales alcaldes, en sus respectivos departamentos o municipios según sea el caso, de acuerdo a las prohibiciones ya citadas.

No obstante, surge la duda respecto del nombramiento de un concejal como alcalde del respectivo municipio, por cuanto la Ley 6ª de 1945 en su artículo 28 establece que: "Para los efectos de prestaciones sociales, los alcaldes son empleados departamentales". Sin embargo se considera, que si la Ley 6ª calificó a los alcaldes como empleados departamentales, sólo para efectos de prestaciones sociales, a *contrario sensu* debe entenderse que para los demás efectos, como son inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, no son empleados departamentales sino municipales.

Por lo tanto, la prohibición del artículo transcrito al comienzo de esta consulta cobijaría a los concejales principales y suplentes que fueren designados alcaldes del respectivo municipio. Desde luego esta prohibición solamente regiría hasta cuando se efectúe la primera elección popular de alcaldes, según la cual una misma persona no puede ser elegida simultáneamente alcalde y concejal.

Una vez expuestos los anteriores argumentos, el Gobierno desea conocer el criterio de esa honorable Sala en relación con la interpretación del citado artículo 87.

La Sala considera y responde:

La incompatibilidad del concejal para ser nombrado empleado o trabajador del respectivo Municipio, es decir, de aquél para cuyo Concejo resultó elegido, se refiere, desde luego, a empleos cuya provisión requiere nombramiento, y no puede por tanto, comprender el de alcalde, que es de elección directa. Con este alcance, que la ley quiso darle como definitivo, se señalan dos excepciones, las relativas a los cargos de secretario de la Alcaldía y de gerente de entidad descentralizada, cuya provisión, obviamente exige nombramiento.

A la imposibilidad de acceder por nombramiento a cargos municipales, cuya provisión lo requieren, corresponde la excepción, en cuanto de tal carácter resultan ser los cargos de secretario de la Alcaldía o de gerente de entidad descentralizada.

No se sostiene tal incompatibilidad en elemento distinto del expuesto ni admite el artículo 87 del Decreto extraordinario 1333 de 1986 otra alternativa de alcance dentro del tenor claro de su expresión textual.

La incompatibilidad, por otra parte, para ser elegido Alcalde y Concejal a la vez ya la tenía prevista el artículo 74 del mismo Decreto 1333 en armonía con el artículo 201 de la Constitución Política luego ningún sentido tenía involucrarla en el artículo 87, referente a otra, la que se establece entre el cargo de Concejal y los cargos municipales que no son de elección sino de provisión mediante nombramiento.

El ejercicio consciente y *exclusivo* del mandato popular, no toleraría además, intermitencias de origen administrativo en la atención de funciones y prestación de servicios a cargo del Municipio, cuya eficacia y seguridad derivan de la estabilidad del Alcalde, durante el período estimado prudente para el ejercicio de su gestión administrativa o desarrollo de su programa, salvo el caso de abusos que impliquen la supresión o destitución del cargo.

Con el alcance permanente descrito, implícito en el artículo 87, entiende la Sala su aplicación dentro del régimen municipal integrado del Decreto 1333 de 1981, cuyo Título VI "De los Alcaldes", deriva del Acto legislativo número 1 de 1986, del cual es transcripción directa el artículo 129 del Decreto sobre elección de aquellos.

Pero como esa elección está fijada para el segundo domingo de mayo de 1988, hasta entonces el cargo de Alcalde sigue siendo provisto mediante nombramiento, que incumbe al respectivo Gobernador. Y dentro de este alcance limitado resultó concebido el artículo 23 de la Ley 3ª de 1986, "por la cual se expiden normas sobre la administración departamental y se dictan otras disposiciones"; prescribe dicho artículo que "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 vacante cuando se desempeñen como empleados oficiales" (Cf., art. 49 Decreto extraordinario 1222 de 1981).

Los efectos de la norma transcrita, explícita en la compatibilidad que consagra entre cargos de Diputado y Alcalde, han de acordarse con los del numeral 15 del artículo 95 del Decreto extraordinario 1222 de 1986, que señala entre las atribuciones del Gobernador la de nombrar y remover los alcaldes municipales. Si el ejercicio recto de esta atribución sólo permite como excepción taxativamente consagrada, el nombramiento de diputados para el cargo de Alcalde mal puede extenderse los límites de la excepción a nombramiento de Concejales en el mismo cargo, con perjuicio, de la excepción consagrada para estos respecto de los cargos de Secretario de Alcaldía o Gerente de entidad descentralizada. Ha de tenerse en cuenta que para ser diputado se requieren las mismas calidades que para ser representante (art. 185 de la C. P.), mientras que para ser concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión (art. 83 Decreto extraordinario 1333 de 1986). Las calidades de los Alcaldes las determinará la ley, según previene el artículo 129 del Decreto extraordinario 1333 de 1986.

Dentro del criterio que preside la interpretación de toda excepción, debe concluir, entonces la Sala la imposibilidad de los Gobernadores

para nombrar, como Alcaldes, a los Concejales del respectivo Municipio, mientras conserven los primeros tal atribución y los segundos, esta investidura.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del 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.

NOTARIOS. REMUNERACION. NO CONSTITUYE SALARIO. APORTES PATRONALES. SUBSIDIO FAMILIAR.—

Limitada la base del aporte a la Nación de salario y ajustada esa noción a la definición de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no puede entender la Sala que la remuneración del Notario constituya salario ni que ésta pueda integrarse, en consecuencia a la cuota patronal del subsidio familiar de sus trabajadores, regulada exclusivamente sobre los salarios percibidos por estos, con el fin señalado por el artículo 1º de la Ley 21 de 1982.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: Número 084.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social envía a la Sala de Consulta que se transcribe a continuación:

"...De acuerdo con los artículos 7º, 8º, 9º, 15 y 17 de la Ley 21 de 1982, los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes, deben aportar el equivalente al 6% de su nómina mensual de salarios por conducto de una Caja de Compensación Familiar, como aportes por concepto de subsidio familiar y Sena; quedando incluidos, obviamente, en esta obligación los Notarios.

El artículo 17 en mención, establece que los aportes a las Cajas deben calcularse con base en la nómina mensual, entendida ésta como '... la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales'.

La duda se ha planteado frente a la obligatoriedad de incluir la remuneración del Notario en la base para liquidar los aportes, pues algunos afirman que dicha retribución al trabajo no constituye salario, mientras que otros sostienen que sí reúne las características señaladas en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo para poder calificarse como tal; por lo tanto, se requiere conocer el criterio del máximo organismo, sobre la naturaleza salarial o no, de los ingresos mensuales recibidos por estos servidores públicos, determinando de esta manera si deben tenerse en cuenta en la base para la liquidación de los aportes ya señalados.

Los principales argumentos que sustentan la primera tesis, cuestionan la naturaleza salarial de los ingresos del Notario, afirmando que constituyen entradas o utilidades de un empleador, que no tienen la naturaleza de recursos propios del erario público y que tampoco se están cancelando como retribución a un empleado público.

Además sostienen, que el subsidio familiar sólo se debe liquidar sobre el salario de los empleados que van a recibir subsidio, y que el patrono no está obligado a cotizar sobre su propia remuneración.

Quienes se inclinan en favor de la tesis contraria, es decir, que los ingresos de los Notarios sí constituyen salario, fundamentan su posición en el hecho de que no pueden calificarse como utilidades unas sumas que son recibidas, por mandato expreso de la ley, como retribución por un servicio, con funciones claramente delimitadas, consistente en dar fe pública, prestado por una persona natural designada para tal efecto por el Estado.

Afirman por otra parte, que no se requiere ser empleado público, ni que la remuneración sea con fondos del erario público, para que las sumas recibidas constituyan salario; pues este calificativo recae sobre todo pago que se efectúe como retribución por un servicio prestado, como contraprestación a éste y que ingrese realmente al patrimonio del trabajador.

Así mismo, argumentan que el Estado a través de leyes y decretos, fija con precisión las funciones que deben desempeñar, cómo deben hacerlo, los recursos y la forma de remuneración a que están sujetos, razón por la cual se pueden considerar empleados del Estado.

Finalmente, sostienen que el artículo 17 en discusión, habla de la totalidad de la nómina mensual de salarios, sin hacer referencia al origen de los mismos, ni excluir a los directivos o gerentes de cada empresa, plasmando una verdadera filosofía compensatoria y retributiva entre los altos y los bajos ingresos".

Consideraciones:

I. Las normas que modifican el régimen de subsidio familiar establecen como base del aporte de los empleadores obligados a pagarlo la nómina mensual de salarios y una definición de esta para efectos de la liquidación correspondiente fue dada en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, en los siguientes términos:

"... se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales".

"Los pagos hechos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago".

"Constituye salario, según el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma de remuneración que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas, comisiones o participaciones de utilidades".

Del concepto de remuneración inmediata por servicios personales, predominante en los términos de la disposición transcrita, parte la ley para el cómputo y liquidación de todas aquellas obligaciones, prestaciones e indemnizaciones implícitas en la relación laboral, incluido el derecho al subsidio familiar que, aunque no constituye salario ni se computa como factor del mismo en ningún caso, se otorga a trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable no sobrepase el límite de treinta y cuatro mil doscientos pesos ($ 34.200.oo) mensuales o la suma que equivalga a cuatro veces el salario mínimo legal que rija en el lugar donde se realice el pago, si fuere superior al monto primeramente indicado (art. 20, Ley 21 de 1982).

Para el cómputo de los ingresos a que se refiere el artículo 20 citado, reitera el artículo 21 que sólo se tendrá en cuenta la remuneración fija u ordinaria de conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y los porcentajes sobre ventas y comisiones y las participaciones de utilidades que paguen mensualmente los respectivos empleadores.

"En el caso del salario variable, la fijación del límite de remuneración que da derecho a obtener el subsidio familiar se hará con base en el promedio de los salarios devengados en el año inmediatamente anterior o durante el tiempo que hubiere laborado el trabajador cuando fuere inferior a dicho lapso" (art. 22 *ibídem*).

La asignación básica mensual que corresponda al cargo que desempeñen los empleados a quienes se aplica el Decreto 1042 de 1978, sirve de base, así mismo con todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, para efectos de liquidar toda obligación, indemnización o prestación, especialmente la pensión de jubilación (Cf. art. 42 *ibídem*, arts. 17, 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978).

Para la interpretación y en general, para el cumplimiento de la Ley 21 de 1982, debe tenerse en cuenta también la definición del subsidio familiar dada por el artículo 1º, en los siguientes términos: "...prestación social *pagadera* en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad".

Los aportes de ley pagados por intermedio de una Caja de Compensación Familiar, característica propia del régimen del subsidio, están cuantificados en suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de las nóminas de los empleadores señalados en los artículos 7º y 8º de la ley y en cuatro por ciento (4%) el monto de la suma destinada a proveer al *pago* de subsidio familiar, bien sean hechos por las entidades territoriales, las entidades descentralizadas de todo orden o los empleadores del sector privado.

II. Para efectos del régimen del subsidio familiar se entiende por empleador toda persona natural o jurídica que tenga trabajadores a su servicio y el deber de pagar el subsidio a través de una Caja de Compensación Familiar que a dicho sujeto de derecho se impone recae en principio, en la persona del Notario, aunque el notariado es un servicio público nacional y los libros y demás archivos de las Notarías pertenecen a la Nación. De ahí que el artículo 188 de la Constitución Política atribuya a la ley la creación y supresión de los Círculos de Notaría y de Registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los Notarios y Registradores.

Pero el régimen de derecho público contenido en los Decretos extraordinarios números 960 y 2163 de 1970 y en la Ley 29 de 1973 no asimila las Notarías o personas jurídicas de derecho público ni al Notario o a sus empleados subalternos a las escalas de remuneración que fijan las asignaciones básicas de los empleados públicos en general. Según el artículo 2º de la Ley 29 de 1973, "la remuneración de los Notarios la constituyen las sumas que reciban de los usuarios por la prestación de sus servicios, de acuerdo con las tarifas y por subsidios que les fije el Fondo Nacional del Notariado o la Superintendencia de Notariado y Registro cuando fuere el caso.

Con esta remuneración los Notarios están obligados a costear y mantener el servicio".

Los empleados que requiera el eficaz funcionamiento de la Notarías son creados bajo responsabilidad del Notario y son de su cargo el pago de asignaciones y la dotación y sostenimiento de las respectivas oficinas.

No tienen pues, los recursos percibidos de los usuarios por concepto de los derechos notariales que autoriza la ley, naturaleza salarial ni su origen vincula la obligación del Notario con la respectiva Caja de Compensación Familiar de computarlos como pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral. De otra parte, el derecho del mismo funcionario de deducirlos para efectos de su liquidación de impuesto sobre la renta y complementarios, se fundamenta, en la naturaleza misma del pago —*efectuado por concepto del subsidio*— absolutamente independiente de la deducción por concepto de sumas pagadas como salarios y descansos remunerados (Cf., art. 3º, Ley 21 de 1982).

Si el subsidio familiar es una prestación que se paga exclusivamente a los trabajadores y no a los empleadores, si el pago de tal prestación se regula con base en aportes liquidados sobre cómputo de salario y de sus factores, es decir, por concepto de pagos hechos por el empleador como remuneración por servicios prestados al mismo, no se concibe siquiera que la propia remuneración del empleador integre dicho

concepto en el sentido de pago hecho a sí mismo, cuando inequívocamente se deduce del texto mismo de la ley que son los salarios mensuales de los trabajadores al servicio del empleador, los que sumados totalizan la base de liquidación del aporte hecho en su beneficio, si el monto de los mismos no sobrepasa el límite fijado que da derecho a obtener la prestación.

Otra es la terminología del legislador aunque regula materia semejante, empleada en el artículo 3º de la Ley 4ª de 1966, al establecer para los Notarios la obligación de destinar el cinco por ciento (5%) de los *ingresos mensuales*, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, a favor de la Caja Nacional de Previsión. Tal disposición se afianza, por cierto, en que tanto los Notarios y Registradores como sus respectivos empleados son afiliados forzosos de dicha entidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1ª de 1962.

Limitada así la base del aporte a la noción de salario y ajustada esa noción a la definición de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no puede entender la Sala que la remuneración del Notario constituya salario ni que ésta pueda integrarse, en consecuencia, a la cuota patronal del subsidio familiar de sus trabajadores, regulada exclusivamente sobre los salarios percibidos por estos, con el fin señalado por el artículo 1º de la Ley 21 de 1982.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la referencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONCEJOS MUNICIPALES.—

ELECCIONES DOBLES.—

1º ¿Cómo puede corregirse?

(Art. 101 del Decreto 1333 de 1986). Trámite. Autoridad que decide.

2º PERSONERO, TESORERO, CONTRALOR, AUDITOR O REVISOR. PERIODO. SUSPENSION O REMOCION.

El artículo 101 del Decreto 1333 de 1986 no es pertinente aplicarlo cuando un determinado funcionario se encuentre desempeñando en propiedad un cargo de Personero, Tesorero, Contralor Auditor o Revisor, pues en tal caso dicho funcionario sólo puede ser removido o suspendido antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación, y no por el Concejo Municipal, y, por lo tanto, este último no podría nombrar a otra persona que le disputara el cargo durante el período para el cual se le eligió.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., tres de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Consulta sobre interpretación del artículo 101 del Código de Régimen Municipal. Radicación número 085.

El señor Ministro de Gobierno ha presentado una consulta en los siguientes términos:

"Atentamente someto a consideración de la Sala que usted preside la siguiente consulta referente a la aplicación que debe dar el Alcalde al artículo 101 del Código de Régimen Municipal, que a continuación transcribo:

> Artículo 101. Si dos o más personas alegaren haber sido elegidas Contralores, Personeros, Tesoreros, Auditores o Revisores, para un mismo período, dentro de los diez (10) días siguientes a la respectiva elección deberán entregar al Alcalde las pruebas, documentos y razones en que fundan su pretensión. Si así no lo hicieren, el Alcalde reunirá la documentación que fuere del caso.
>
> Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al momento en que se complete la documentación pertinente, el Alcalde la remitirá al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida, con carácter definitivo, si la elección se realizó con el

lleno de las formalidades previstas en la ley. El Tribunal fallará dentro del término de veinte (20) días, durante el cual podrá ordenar y practicar pruebas de oficio. Cualquier persona puede impugnar o defender la elección.

Contra ésta y por motivos distintos de los que fueron objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal, proceden las demás acciones judiciales que consagre la ley.

Mientras se realiza la posesión del Contralor, Personero, Tesorero, Auditor o Revisor válidamente elegido, la persona que venía desempeñando el cargo continuará ejerciéndolo.

"En relación con esta norma existen dos tesis de interpretación, una referente a que el Alcalde debe dar aplicación a este artículo siempre que dos o más personas se disputen el cargo de Tesorero, Personero o Contralor municipales, y entre una elección y la otra haya transcurrido un tiempo tal, que permita que el primer elegido ya se encuentre desempeñando el cargo, cuando el Concejo realice la segunda elección para reemplazarlo, sin que haya concluido su período. La segunda tesis es la de que el artículo se aplica únicamente a las elecciones efectuadas con posterioridad a la vigencia de la Ley 11 de 1986, que además se hayan realizado simultáneamente, o por lo menos por la misma época de sesiones del Concejo, y que sean exactamente para el mismo período y no para parte de él.

"Una vez expuestos los anteriores argumentos, el Gobierno desea conocer el criterio de esa honorable Sala en relación con la aplicación del citado artículo 101.

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

La Sala considera y responde:

La norma objeto de la consulta, el artículo 101 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley 1333 de 1986), correspondiente al artículo 62 de la Ley 11 del mismo año, crea un mecanismo especial destinado a impedir la futura ocurrencia de casos que se han presentado en el pasado, y que han significado desconcierto e inoperancia para la administración municipal y perjuicios para su tesoro, casos que entrañan una situación de indefinición y de duda sobre la validez de la elección de Personero, Tesorero, Contralor municipal, etc., porque, por diversos motivos, aparecen varias personas coetáneamente elegidas para el mismo cargo y alegan todas tener una investidura válida.

Establece el artículo 101 citado que, en caso de que dos o más personas alegaren haber sido elegidas, Contralores, Personeros, Tesoreros, Auditores o Revisores, para un mismo período, dentro de los diez días siguientes a la respectiva elección deberán entregar al Alcalde las pruebas y aducir las razones en que se funde su pretensión; el Alcalde, quien si no recibe la documentación de los interesados deberá reunirla por sí mismo, la remitirá al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida, con carácter definitivo, si la elección se realizó con el lleno de las formalidades previstas en la ley.

Para responder las inquietudes planteadas en la consulta es necesario tener en cuenta que la disposición contenida en el citado artículo 101 del Código de Régimen Municipal debe interpretarse en el contexto de lo previsto en los artículos 100, 102 y 103 del mismo Código, que hacen parte del capítulo titulado "De la elección de funcionarios".

El primero de los artículos acabados de mencionar dispone que los Concejos Municipales elegirán funcionarios (Personero, Tesorero, Contralor) en las sesiones ordinarias inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación del período del elegido (1º de enero), aunque en los casos de falta absoluta lo podrán hacer en cualquier momento. Agrega el artículo que "siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso".

Por su parte, el artículo 103 establece que los Contralores, Personeros, Tesoreros, Auditores y Revisores que ejerzan el cargo en propiedad, sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación.

Y, finalmente, el artículo 102 dispone que los municipios deberán repetir contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones de funcionarios, manifiestamente ilegales, el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa.

Tomando estas normas y el artículo 101, en conjunto, se observa:

De acuerdo al espíritu y a la finalidad de las disposiciones legales en cuestión, el mecanismo del artículo 101 del Código de Régimen Municipal ha sido establecido para cuando dos o más personas aleguen haber sido elegidas para uno de los cargos allí enumerados, con posterioridad a la vigencia de la Ley 11 de 1986, *para un mismo período* (subraya la Sala), e inclusive la misma norma en su inciso final establece que mientras se realiza la posesión del funcionario válidamente elegido (y tal acto obviamente no podrá realizarse mientras el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no se haya pronunciado sobre si la elección fue hecha con el lleno de las formalidades legales, para lo cual aquel organismo dispone de veinte días), el cargo continuará siendo desempeñado por la persona que venía ejerciéndolo. La elección debe haber sido hecha en las sesiones ordinarias inmediatamente anteriores a la iniciación del período del elegido, aunque —excepcionalmente— puede hacerse en cualquier momento, cuando se trate de elegir en los casos de falta absoluta del funcionario.

La voluntad del legislador, en procura de la defensa de los intereses de la administración municipal, es la de que se tenga certeza sobre la validez de la investidura antes de que la persona elegida empiece a desempeñar el cargo; en busca de tal certeza, la ley establece el trámite perentorio previsto en el artículo 101, mediante el cual habrá de definirse si la elección fue hecha, por la entidad que tenía facultad para hacerla, con el lleno de todas las formalidades legales; y contempla también la posibilidad de que cualquier persona impugne o defienda la elección.

Debe tenerse en cuenta además, la disposición del artículo 103, según la cual, quienes ejerzan en propiedad el cargo de Contralor, Personero, Tesoreros, Auditor o Revisor sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación; por lo tanto, posesionado en propiedad uno de tales funcionarios, no podrá el Concejo Municipal entrar a removerlo antes del vencimiento del período ni a nombrar a otra persona para el mismo cargo y período.

En síntesis: El interrogante planteado en la consulta se absuelve en el sentido de precisar que el artículo 101 del Código de Régimen Municipal se aplica cuando dos o más personas aleguen haber sido elegidas por el Concejo Municipal, en las sesiones inmediatamente anteriores a la iniciación del período del elegido, para uno de los cargos que la norma enumera y para el mismo período.

No es pertinente aplicarlo cuando un determinado funcionario se encuentre desempeñando en propiedad su cargo de Personero, Tesorero, Contralor, Auditor o Revisor, pues en tal caso dicho funcionario sólo puede ser removido o suspendido antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación, y no por el Concejo Municipal, y, por lo tanto, este último no podría nombrar a otra persona que le disputara el cargo durante el período para el cual se le eligió.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES DE LOS SENADORES Y REPRESENTANTES.—

Los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978, expedidos varios años después que la Ley 48 de 1962 exclusivamente para los EMPLEADOS OFICIALES DE LA ADMINISTRACION NACIONAL, no regulan las prestaciones sociales de los Senadores y Representantes; por el contrario, de conformidad con las Leyes 65 de 1967 y siguientes y 5ª de 1978 que confirieron al Gobierno facultades extraordinarias para expedirlas, no sólo no las comprenden sino que las excluyen de sus disposiciones.

PENSION DE JUBILACION. SENADORES Y REPRESENTANTES A LA CAMARA.
Régimen legal aplicable.

Consejo de Estado:— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., nueve de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 093.

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

"Con fundamento en los artículos 141 de la Constitución Política y 98 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, muy atentamente me permito formular a esa Corporación la consulta que formulo más adelante, previas las siguientes consideraciones:

"1. La Caja Nacional de Previsión venía atendiendo las prestaciones sociales de los Congresistas y de los empleados de las Cámaras Legislativas, aplicando para ese efecto las mismas disposiciones que rigen para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público y, para algunas prestaciones concretas, normas contenidas en las leyes especiales, relativas a los miembros del Congreso o a los empleados subalternos de la misma rama.

"2. Mediante la Ley 33 de 1985 fue creado el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, con el propósito de que este establecimiento público asumiera la liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tienen derecho las siguientes tres clases de servidores:

a) Los miembros del Congreso de la República;

b) Los empleados del Congreso;

c) Los empleados del Fondo de Previsión Social del Congreso.

"3. Por cuanto la creación de prestaciones sociales es materia de la ley, previa a la expedición de los reglamentos del Fondo, relativos al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a sus afiliados y el de prestación de servicios médico-asistenciales a los mismos, se verificó el estudio de la legislación que establece prestaciones sociales para cada una de las tres clases de funcionarios anteriormente mencionados.

"No existe dificultad en cuanto a las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados del Congreso y los de la Rama Ejecutiva: Para los primeros en virtud de lo prescrito por las Leyes 6ª de 1945, 48 de 1962 y 52 de 1978 y para los segundos las establecidas en los Decretos-leyes 3135 de 1968, 1045 de 1978, 1848 de 1969.

"4. En lo tocante con las prestaciones sociales e indemnizaciones vigentes a favor de los miembros del Congreso de la República, no se presenta discrepancia en cuanto a que éstos disponen de las siguientes:

a) Las establecidas por las Leyes 6ª de 1945 y 48 de 1962;

b) Las consagradas en las leyes especialmente destinadas a los miembros del Parlamento;

c) Las contempladas en leyes que no establecen distinción alguna entre las distintas Ramas del Poder Público.

"No obstante, se cuestiona la aplicabilidad a las prestaciones sociales de los Congresistas de las disposiciones sobre la materia, dictadas para la Rama Ejecutiva con posterioridad a la expedición de la Ley 48 de 1962, vale repetir, a la contenida en los Decretos extraordinarios 3135 de 1968 y 1045 de 1978.

"Para unos es procedente su aplicación en virtud de lo consignado en la parte final del artículo 7º de la Ley 48 de 1962, conforme a la cual, a los miembros del Congreso y de las Asambleas le son aplicables las disposiciones que adicionen o reformen la Ley 6ª de 1945.

"Para otros, tales normas no cobijan a los miembros del Parlamento en atención a que los decretos extraordinarios que las establecieron fueron expedidos por el Gobierno en virtud de facultades extraordinarias que solamente hacían referencia a la Rama Ejecutiva, por lo que el legislador transitorio no podía extenderlas a las otras dos Ramas del Poder Público.

"Se consulta:

"El ámbito de aplicación de las normas sobre prestaciones sociales vigentes para la Rama Ejecutiva del Poder Público, comprende a los miembros del Congreso de la República?".

La Sala considera:

1º Como expuso la Sala en concepto del 17 de agosto de 1981, el artículo 7º de la Ley 48 de 1962 dispone que "los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales gozarán de las mismas presta-

ciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen y reformen".

La Ley 6ª de 1945, en cuanto hace a prestaciones sociales, ha sido modificada, entre otras, por las Leyes 64 y 65 de 1946, 72 de 1947, 171 de 1961, 48 de 1962, 4ª de 1966, 5ª de 1969 y por el Decreto-ley 546 de 1971, y complementada por las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4ª de 1976, 52 de 1978 y 33 de 1985.

Las mencionadas disposiciones legales regulan las prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, de los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales.

2º Los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 prescriben las prestaciones sociales de los empleados oficiales de carácter nacional; para los empleados administrativos nacionales constituyen el derecho que les reconoce la ley y para los trabajadores oficiales el mínimo que puede ser aumentado, nunca disminuido, mediante convención colectiva de trabajo (art. 4º del Decreto-ley 1045 de 1978).

3º) El Decreto-ley 3135 de 1968 fue expedido por el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias y protempore que le confirió la Ley 65 de 1967 y el Decreto-ley 1045 de 1978 con base en las que le otorgó la Ley 5ª de 1978. Estas dos leyes sólo facultaron al Gobierno para reformar la Administración Nacional, en ella incluidas las prestaciones sociales de los empleados oficiales nacionales. No incluyeron los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, ni tampoco los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales. De ahí que los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 no los comprendieran y que, por el contrario, para ellos subsistiera el régimen de prestaciones sociales prescrito por la Ley 6ª de 1945 y por las que la reformaron y complementaron.

4º El artículo 7º de la Ley 48 de 1962, que dispone que las prestaciones sociales de los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales son las prescritas en la Ley 6ª de 1945 "y demás disposiciones que la adicionen y reformen", significa que hace extensivas a los mencionados funcionarios, miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, las prestaciones sociales, *vigentes al entrar a regir la mencionada ley*, que reconocieron a los servidores públicos *la Ley 6ª de 1945 y las que la adicionaron o reformaron.* Es decir, en otros términos, que la adición o reforma de la Ley 6ª de 1945, para que sea aplicable a representantes, senadores y diputados, debió efectuarse antes de que entrara a regir la Ley 48 de 1962.

Además, aparte del claro sentido del artículo 7º de la Ley 48 de 1962, mal podría interpretarse en el sentido de que remite, hipotéticamente, a las leyes futuras posteriores a aquella, que reformen o adicionen la Ley 6ª de 1945, porque la legislación debe tener, para ser tal, un actual e incondicionado sentido normativo (art. 4º del C. C.): Si la supuesta norma que reforme no se ha expedido, la simple alusión a ella no tendría ningún significado jurídico. De ahí que para que la hermenéutica sea operante se requiera, como factor esencial, *que una norma jurídica preceda a otra posterior y actualmente vigente.*

De donde se concluye que los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978, expedidos varios años después que la Ley 48 de 1962 exclusivamente para los empleados oficiales de la Administración Nacional, *no regulan las prestaciones sociales de los senadores y representantes:* Por el contrario, de conformidad con las Leyes 65 de 1967 y 5ª de 1978 que confirieron al Gobierno facultades extraordinarias para expedirlos, *no sólo no los comprenden sino que los excluyen de sus disposiciones.*

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Jefe del Departamento Administrativo y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS Y EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.—

No es la índole o naturaleza de la actividad, sino el procedimiento jurídico escogido para realizarla, el que define la entidad.

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 número 080.

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

"Es posible dar el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado a las Empresas Públicas de Pereira en razón de las funciones que desarrollan (prestación del servicio de energía, acueducto y telefónico), no obstante haber sido creadas como establecimiento público, mediante Decreto número 90 de noviembre 25 de 1957, expedido por el Alcalde de Pereira, o por el contrario, debe prevalecer el acto de creación sobre la actividad desarrollada aunque ésta no corresponda a una función pública administrativa?".

La Sala considera y responde:

1º El Acto legislativo número 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 departamento y municipios (arts. 76, ordinal 10, 120, ordinales 1º y 5º, 187, ordinal 6º, 194, 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 constituidas 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, ordinal 6º, y 197, ordinal 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 11 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. 197, ordinal 4º, de la Constitución y 13, ordinal 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 aquellos 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 la 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 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.*

En el caso objeto de la consulta, la Sala considera que si, el Municipio de Pereira, mediante Decreto número 90 del 25 de noviembre de 1957, organizó las empresas públicas como establecimiento público no obstante que prestan los servicios de energía, acueducto y alcantarillado, como expresa el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, ello significa que *optó por prestar esos servicios por el procedimiento*

de derecho público, como actividad administrativa, y no por el del derecho comercial. No es la índole o naturaleza de la actividad, sino el procedimiento jurídico escogido para realizarla, el que define la entidad: *Si se la organizó como establecimiento público, como se afirma en el contexto de la consulta, subsiste como tal mientras esté vigente el acto que la creó.*

Sin embargo, *si se estimare conveniente* darles a las empresas públicas de Pereira el carácter de empresa industrial y comercial de ese municpio, podrá efectuarse la conversión, mediante el procedimiento prescrito por la Constitución y la ley.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION. COMPATIBILIDAD CON LA DE VEJEZ EN FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—

1º Cuantía de la jubilación (art. 19 del Decreto-ley 1653 de 1977). 100% - 75% todas las entidades a la que estuvo vinculado, deben concurrir al pago de la pensión.

2º SEGURO OBLIGATORIO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE (art. 23 del Decreto-ley 1653 de 1977). Definición. COMPATIBILIDAD CON LAS PRESTACIONES SOCIALES QUE SE PRESCRIBEN PARA ELLOS.

3º PENSION DE VEJEZ (art. 1º del Acuerdo 029 de 1983). Para tener derecho a ella se requiere "haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización" pagados durante los últimos 20 años anteriores a la fecha de solicitud, o haber acreditado un mínimo de 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. Cuantía.

4º COMPATIBILIDAD (EN PRINCIPIO) E INCOMPATIBILIDAD.

¿Cuándo pueden o no coexistir? (art. 19 inciso final del Decreto-ley 1653 de 1977). Cuantía. Límite.

¿Qué sucede si por actos diferentes se reconocieran a un funcionario de la seguridad social las pensiones de jubilación y de vejez y el monto de las mismas excede el indicado límite legal?

REVOCACION DIRECTA. (Art. 73 del Decreto 01 de 1984).

ACCIONES DE LESIVIDAD O RECURSO DE LESIVIDAD.

ASIGNACIONES DEL TESORO PUBLICO.

Artículo 64 de la Constitución Nacional.

INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES. EMPLEADOS.

CLASIFICACION. ACTIVIDAD. PRESTACIONES.

1º Empleados de la Administración.

2º Funcionarios de la Seguridad Social.

3º Trabajadores oficiales.

TRABAJADORES OFICIALES DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.

1º Actividad (art. 3º, inciso 2º del Decreto-ley 1651 de 1977).

2º Remuneración (Decereto 3135 de 1968 y 1045 de 1978).

3º PRESTACIONES SOCIALES. Se establecen en las CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.

4º Convención colectiva de trabajo, suscrita el 21 de marzo de 1985.

5º PENSION DE JUBILACION Y DE RETIRO POR VEJEZ.

Aplicación de los criterios de interpretación de los artículos 19, 21 y 23 del Decreto-ley 1653 de 1977.

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 número 072.

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

"A. Teniendo en cuenta el régimen de incompatibilidades previsto en las normas constitucionales y legales señaladas en el punto 14 de la consulta, pueden los funcionarios de Seguridad Social, en virtud de la acumulación y de la compatibilidad cuantitativa prevista en el artículo 19 del Decreto-ley 1653 de 1977 y, de lo dispuesto en el artículo 23 de dicho estatuto, percibir conjuntamente los valores correspondientes a las pensiones de jubilación y de vejez?, vale decir, 100% del promedio de lo devengado en el último año de servicios por concepto de jubilación, más el 45% que les correspondería por pensión de vejez?

"B. En el supuesto de que la acumulación de los valores de las pensiones de jubilación y de vejez que prevé el artículo 19 del Decreto-ley 1653 de 1977, sobrepase el cien por ciento (100%) del promedio de lo devengado por el funcionario de Seguridad Social en el último año de servicios por concepto de los factores de remuneración allí señalados, conforme a lo ordenado por el mismo artículo 19, puede legalmente el instituto, una vez decretado el reconocimiento y pago de las dos pensiones, a través de actos administrativos independientes, proceder a descontar, del valor de la pensión de jubilación el valor de la pensión de vejez otorgada como entidad aseguradora, a fin de que el funcionario no reciba el 145% o más, porcentaje que como es obvio, excedería la compatibilidad cuantitativa del 100% señalada en el artículo 19?, esto es, podrían percibir simultáneamente dos asignaciones del Tesoro Público, una por jubilación y otra por vejez, máxime cuando el instituto en calidad de patrono ha cotizado para el riesgo de invalidez, vejez y muerte el 67% a que alude el artículo 22 del Decreto-ley 1650 de 1977, circunstancia que lo habilita para compartir el pago de la pensión de jubilación con el instituto asegurador?

"C. En los términos del artículo 21 del Decreto-ley 1653 de 1977, que ordena que el monto de la pensión de jubilación de los funcionarios de Seguridad Social que no hayan laborado durante 20 años continuos o discontinuos con el instituto, sino en éste y en otras entidades de Derecho Público debe ser igual al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salarios, es legalmente viable que el

instituto, en calidad de patrono, proceda a descontar del referido porcentaje el de la pensión de vejez cuando ésta les sea decretada por la entidad aseguradora?, por las mismas razones de compatibilidad cuantitativa y compartibilidad anotadas en los puntos A y B de la consulta?

"D. Es legalmente posible que el instituto, pese a la incompatibilidad consagrada en los artículos 64 de la Constitución Nacional; 31 y 77 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en su orden y demás normas concordantes, reconozca y pague, en forma simultánea, a los empleados públicos a su servicio, la totalidad de los valores de las pensiones de jubilación y de vejez a que puedan tener derecho por el cumplimiento de lo requisitos legales exigidos para adquirir el derecho a cada una de ellas? o, en caso de concurrencia y tal como lo disponen los artículos 31 y 88 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respectivamente, debe conceder al empleado la que le sea más favorable económicamente?

"E. En virtud de lo dispuesto en las convenciones colectivas suscritas entre el instituto y el sindicato que representa a los trabajadores oficiales al servicio del mismo y en razón de la acumulación prevista en las normas convencionales que, como se dijo atrás, consagran un régimen jubilatorio idéntico al de los funcionarios de Seguridad Social, puede el instituto, en el evento de concurrencia del derecho a las pensiones de jubilación y de vejez, descontar, tal como lo estipulan las mismas normas convencionales, del monto de la pensión de jubilación equivalente al 100% o al 75%, según el caso, el valor correspondiente a la pensión vejez que les otorgue el instituto como asegurador, a efecto de que la percepción simultánea de los dos valores pensionales no sobrepase la compatibilidad cuantitativa regulada en las normas convencionales observando, además, que tales trabajadores son destinatarios del régimen de incompatibilidades previsto para los empleados oficiales de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional?".

La Sala considera:

1º Según el artículo 64 de la Constitución, no es posible que una persona perciba "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*" (la Sala subraya); entre las excepciones se cuentan las prescritas por los artículos 1º, 3º y 4º del Decreto-ley 1713 de 1960, 19 del Decreto-ley 1653 de 1977 y 32 del Decreto-ley 1042 de 1978.

2º El personal que presta servicio en el Instituto de Seguros Sociales se clasifica en empleados de la Administración, de la Seguridad Social y trabajadores oficiales.

3º *Los empleados de la Administración* son todos los que no cumplen funciones propias de los *cargos asistenciales* o de la *seguridad social*; entre ellos se cuentan el director general, el secretario general, los subdirectores y los gerentes seccionales. Todos están sujetos "a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público" (arts. 2º y 3º del Decreto-ley 1651 de 1977).

Las prestaciones sociales de estos empleados son las prescritas por los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978. Los artículos 23 a 30 del Decreto-ley 3135 de 1968 instituyen para ellos las pensiones de invalidez, jubilación y vejez y el artículo 31 *ibídem* dispone que "son incompatibles entre sí", pero permite al empleado "optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas".

4º Los empleados de la Seguridad Social son todos los que ejercen funciones "directamente relacionadas con la prestación de los servicios propios de atención integral de la salud y cuyos titulares deben ser profesionales de la medicina y de la odontología" o que tienen por objeto "coadyuvar y complementar los servicios de atención integral de la salud" (art. 2º del Decreto-ley 1651 de 1977).

Los funcionarios de la seguridad se rigen por disposiciones especiales en cuanto hace al estatuto de los empleados, a la clasificación, a la remuneración de los cargos y a las prestaciones sociales (Decretos-leyes 1651, 1652 y 1653 de 1977).

5º El Decreto-ley 1653 de 1977 prescribe "el régimen especial de prestaciones sociales" para los funcionarios de la Seguridad Social que difiere, en varios aspectos, del estatuto que regula las de los demás empleados administrativos nacionales.

El artículo 19 del Decreto-ley 1653 de 1977 reconoce el derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de la remuneración recibida en el último año de servicio, en ella incluidos todos los factores que la constituyen, *si el funcionario de la Seguridad Social prestó servicios al instituto durante veinte años*, continuos o discontinuos, y cumplió la edad de 55 años si es varón o 50 años si es mujer. Además, el artículo 21 del Decreto-ley 1653 de 1977 también reconoce el derecho a pensión de jubilación, en cuantía equivalente al 75% del promedio de la remuneración devengada durante el último año de servicio, incluidos todos los factores que la forma, *si el funcionario de la Seguridad Social, con derecho a jubilarse, no sirvió veinte años al instituto*. En esta hipótesis, todas las entidades a las que estuvo vinculado deben concurrir, en proporción al tiempo servido, al pago de la pensión. De manera que lo singular o especial de esta prestación consiste en puede ser equivalente al 100% del promedio de los sueldos devengados durante el último año si el funcionario de la Seguridad Social trabajó veinte años en el Instituto de Seguros Sociales.

El artículo 23 del Decreto-ley 1653 de 1977 extiende a los funcionarios de la Seguridad Social "el seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, en la cuantía y términos establecidos en los reglamentos generales que rijan sobre la materia". La disposición legal se refiere al reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte (Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante el Decreto 3041 del mismo año; modificado por el Acuerdo 029 de 1983 que aprobó el Decreto 1900 de ese año). Se trata, por consiguiente, de un derecho especialmente reconocido por la ley a los funcionarios de la Seguridad Social que además es compatible con las prestaciones sociales que prescribe para ellos.

Además de la edad —60 años los varones y 55 las mujeres—, según el artículo 1º del Acuerdo 029 de 1983, que sustituyó el artículo 11,

letra b), del Acuerdo 224 de 1966, para tener derecho a la pensión de vejez se requiere "haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización, pagadas durante los últimos 20 años anteriores a la fecha de la solicitud, o haber acreditado un mínimo de 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo".

El valor de la pensión de vejez consiste en "una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base", más los porcentajes de incremento para el cónyuge y los hijos, pero sin que excedan del 42% de la pensión mínima, determinados en la forma prescrita por los artículos 15 y 16 del Acuerdo 224 de 1966.

6º Las pensiones de jubilación y vejez que, en principio, son compatibles, pueden coexistir si el funcionario de la Seguridad Social reúne y comprueba los requisitos necesarios para percibirlas. Tal es la hipótesis que contempla el artículo 19, inciso final, del Decreto-ley 1653 de 1977.

A pesar de ser dos pensiones diferentes, que se causan por distintos motivos, el artículo 19, inciso final, del Decreto-ley 1653 de 1977 las regula acumulativamente para imponer límite al monto de las mismas. De este modo dispone que "por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento" del promedio de la remuneración devengada durante el último año de servicio. Lo que significa que, según la mencionada disposición, el monto del valor de las dos pensiones no puede exceder el 100% del promedio de la remuneración, incluidos todos los factores que la constituyen. De donde se concluye que si el funcionario de la Seguridad Social tiene derecho a jubilación equivalente al 100% de la remuneración, por haber servido 20 años al Instituto de Seguros Sociales, *en realidad no es posible acumularla con la pensión de vejez: El límite prescrito por el artículo 19 del Decreto-ley 1653 de 1977 exclusivamente se alcanzaría, en esta hipótesis, con el valor de la pensión de jubilación;* por consiguiente, la acumulación de las dos pensiones *sólo es posible realizarla si la pensión de jubilación del mencionado funcionario equivale, de conformidad con el artículo 21 del Decreto-ley 1653 de 1977, al 75% del promedio de la remuneración causada durante el último año de servicio: En esta hipótesis, el margen del 25% entre el valor de la pensión de jubilación y el límite del 100% impuesto por el artículo 19, inciso final, del Decreto-ley 1653 de 1977, correspondería a la pensión de vejez que, de acuerdo con esa disposición y con el artículo 23 ibídem, también puede percibir el funcionario de la Seguridad Social.*

Si, por el contrario, primero se reconoció y liquidó la pensión de vejez, el valor de la de jubilación que se le acumule no puede exceder el límite del 100% prescrito por el artículo 19, inciso final, del Decreto-ley 1653 de 1977; es decir, en otros términos, que *la suma que se reconozca por concepto de la pensión de jubilación debe equivaler al residuo resultante de restar, del 100% del promedio de la remuneración, el valor de la pensión de vejez.* Tal es el significado de la última parte del artículo 19, inciso final, del Decreto-ley 1653 de 1977, cuya defectuosa redacción puede inducir a confusión. En rigor habría bastado la primera parte de la disposición que se comenta en cuanto dispone que si fuere del caso acumular las pensiones de jubilación y de retiro por vejez, *el valor de las dos, consideradas en conjunto, no puede exceder el 100%*

del promedio de la remuneración devengada —con todos los factores que la constituyen— durante el último año de servicio.

7º Lo expuesto también significa que si se concedió pensión de jubilación o de retiro por vejez a un funcionario de la Seguridad Social, *la que posteriormente se le reconozca tiene que observar el artículo 19, inciso final, del Decreto-ley 1653 de 1977*, particularmente que el monto del valor de las dos no exceda el límite que prescribe; es decir, que el acto administrativo que reconozca la segunda pensión debe tomar en consideración el valor de la primera *para que el monto de las dos no exceda el 100% del promedio de la remuneración causada durante el último año de servicio: La suma que se reconozca por concepto de la segunda pensión tiene por límite necesario el prescrito por la ley.*

8º Pero, si por actos diferentes se reconocieron a un funcionario de la Seguridad Social las pensiones de jubilación y de vejez y el monto de las mismas excede el indicado límite legal, el último acto infringiría el artículo 19, inciso final, del Decreto-ley 1653 de 1977. *Puesto que crearía una situación jurídica favorable al beneficiario de la pensión, su reforma o revocación requeriría su consentimiento expreso y por escrito* (art. 73 del Decreto-ley 01 de 1984); si no se obtiene el consentimiento del beneficiario, el Instituto de Seguros Sociales debería pedir, mediante demanda, al órgano competente de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que declare la nulidad del acto y ordene restablecerle su derecho, consistente, en este caso, en la devolución de lo pagado en exceso, por encima del límite legal. Es el denominado recurso de lesividad.

10. Las personas que desempeñan actividades materiales en el Instituto de Seguros Sociales son trabajadores oficiales (art. 3º, inciso 2º, del Decreto-ley 1651 de 1977) que se consideran vinculados por contratos de trabajo. La remuneración la establece el correspondiente organismo, en este caso el Instituto de Seguros Sociales, y las prestaciones sociales son las mismas que los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 prescriben para los empleados de la Administración Nacional. Pero, mientras para éstos constituyen *el máximo que les reconoce la ley, para los trabajadores oficiales son el mínimo que les prescribe porque pueden superarlas mediante convención colectiva de trabajo que celebren con la entidad* (art. 4º del Decreto-ley 1045 de 1978).

De manera que los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo mediante las cuales se estipulan prestaciones sociales superiores a las que les reconoce la ley.

En este orden de ideas, mediante convención colectiva de trabajo suscrita el 21 de marzo de 1985 entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la mencionada institución, se estipularon cláusulas relativas a la pensión de jubilación y a los seguros de invalidez, vejez y muerte (arts. 48, 49, 50 y 53), por las cuales se hicieron extensivos a los trabajadores oficiales los derechos que los artículos 19, 21 y 23 del Decreto-ley 1653 de 1977 reconocen a los funcionarios de la Seguridad Social. Se trata, por consiguiente, de derechos originales en una convención colectiva de trabajo, superiores a los que la ley prescribe para los trabajadores oficiales, que tienen carácter obligatorio.

La expuesta interpretación de los artículos 19, 21 y 23 del Decreto-ley 1653 de 1977, en relación con la acumulación de las pensiones de jubilación y de retiro por vejez, es aplicable a las cláusulas de la convención colectiva de trabajo que los hizo extensivos a los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales.

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

Gonzalo Suárez Castañeda, Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PRESTACIONES.—

1º ¿Por cuáles están amparadas?

(Art. 23 del Decreto extraordinario 1653 de 1977).

2º PRESTACIONES económicas derivadas de los RIESGOS DE INVALIDEZ.

a) Requisitos (art. 62 del Decreto-ley 433 de 1971);

b) Monto;

c) El reconocimiento excluye desde luego, la aplicabilidad de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, cuyas normas se aplican a los empleados públicos nacionales de la Rama Administrativa del Poder Público "mientras que la ley no disponga otra cosa".

3º AFILIACION AL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO. Normación: Ley 90 de 1946, Decreto-ley 433 de 1971, Decreto 1650 de 1977.

4º Como beneficiarios de los seguros sociales obligatorios y por lo tanto con derecho de las PRESTACIONES ECONOMICAS Y DE SALUD, en la extensión y condiciones de su afiliación al Instituto de Seguros Sociales, los FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, según lo dispone el artículo 23, aparte c) del Decreto 1651 de 1977, tienen derecho "a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones consagradas en el régimen especial fijado para ellas" por el Decreto-ley 1653 de 1977 y les está prohibido "cobrar o recibir cualquier suma de dinero por concepto de salario o prestación que no le corresponda legal o convencionalmente (art. 24, aparte c).

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

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: Número 069.

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

"I. El Instituto de Seguros Sociales desde su creación por la Ley 90 de 1946 y por definición legal contenida en el artículo 47 del Decreto-ley 1650 de 1977, es un establecimiento público del orden nacional y como tal, forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

II. Al ser el Instituto de Seguros Sociales un establecimiento público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto-reglamentario 1848 de 1969, las personas que laboran a su servicio se denominan genéricamente 'empleados oficiales', denominación jurídica que de acuerdo con la vinculación y la clase de funciones a desempeñar, los clasifica específicamente para el instituto el artículo 3º del Decreto-ley 1651 de 1977 en: Empleados públicos, funcionarios de Seguridad Social y trabajadores oficiales.

En cuanto a los funcionarios de Seguridad Social, es indudable que son una especie de género 'empleado oficial' no sólo por la naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales sino por la clase de funciones que desempeñan, las cuales se catalogan como públicas, puesto que su fin primordial es el de satisfacer necesidades y servicios a cargo del Estado, actividades orientadas y dirigidas por éste (art. 3º, Decreto-ley 1650 de 1977), agregado a ésto la modalidad de su vinculación laboral la que, según las voces del artículo 3º del Decreto-ley 1651 de 1977 se traduce, al igual que la de los empleados públicos, en una relación legal y reglamentaria, cualificada para aquellos como de naturaleza especial, puesto que por mandato legal se les confiere el derecho a celebrar convenciones colectivas de trabajo con el instituto, con el exclusivo fin de incrementar las asignaciones básicas de sus cargos. Además, tanto el Decreto-ley 222 de 1983 como la Ley 33 de 1985 preceptúan que la expresión 'empleados oficiales' cobija a los empleados públicos, a los funcionarios de Seguridad Social y a los trabajadores oficiales.

III. El régimen prestacional aplicable a cada una de las tres categorías de servidores del Instituto de Seguros Sociales, es el siguiente:

a) *Empleados públicos*

Está regulado por las normas de carácter general, esto es, por los Decretos-leyes 1045 de 1978, 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969 y demás disposiciones que los modifican o adicionan;

b) *Funcionarios de Seguridad Social*

Les son aplicables las disposiciones legales especiales dictadas con ocasión de la reestructuración del Instituto de Seguros Sociales, vale decir, los Decretos-leyes 1651, 1652 y 1653 de 1977; eventualmente y en lo pertinente, las normas del Sistema Nacional de Salud y las disposiciones de carácter general que regulan el régimen prestacional de los empleados oficiales de la Rama Ejecutiva del Poder Público en orden nacional, en cuanto a los aspectos oscuros, contradictorios o no señalados en las disposiciones especiales referidas;

c) *Trabajadores oficiales*

Está regulado por las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el sindicato que los representa y el Instituto de Seguros Sociales. En lo no previsto en ellas, por las normas de carácter general que rigen para los empleados oficiales de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, disposiciones

también aplicables cuando las normas convencionales vulneren o desconozcan el mínimo de derechos consagrado en las citadas normas generales, según el mandato contenido en los artículos 7º y 4º de los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en su orden.

IV. Los empleados del Instituto de Seguros Sociales son afiliados al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, de acuerdo con el mandato contenido inicialmente en el Decreto-ley 2324 de 1948 y, con posterioridad, en las normas que lo sustituyen y que regulan los Seguros Sociales Obligatorios, entre otras, los artículos 6º y 134 del Decreto-ley 1650 de 1977.

V. La afiliación, conforme a lo previsto en el artículo 14 del Decreto-ley 1650 de 1977, es la inscripción de un trabajador al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios y constituye la fuente de derechos y obligaciones que de él se derivan, esto es, los de recibir las prestaciones médico-asistenciales y económicas generadas por la causación de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, vejez y muerte y enfermedad general y maternidad y la de efectuar el pago de los aportes patrono-laborales correspondientes.

VI. El citado Decreto-ley 1653 de 1977, consagratorio del régimen prestacional de los funcionarios de Seguridad Social al tratar de las pensiones de invalidez, vejez y muerte, estatuye en su artículo 23 que de los citados funcionarios estarán amparados por el Seguro Obligatorio de invalidez, vejez y muerte, en la cuantía y términos establecidos en los reglamentos generales que rigen la materia.

VII. Para tener derecho a las prestaciones económicas derivadas de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el afiliado debe acreditar los requisitos pertinentes exigidos en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por Decreto 3041 del mismo año y en los Decretos 1900 de 1983 y 232 de 1984, modificatorios del primero, así: a) Para vejez. Tener 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre y haber acreditado 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores a la fecha de la solicitud, o 1.000 semanas en cualquier tiempo; b) Para muerte. Haber acreditado 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la muerte o 300 semanas en cualquier tiempo; y c) Para invalidez. Ser inválido permanente, conforme a lo preceptuado por el artículo 62 del Decreto-ley 433 de 1971 y tener acreditadas 150 semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas en cualquier tiempo.

VIII. El régimen prestacional aplicable a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo señalado en los literales a) y c) del numeral III de la consulta, no presenta dificultad alguna, quedando únicamente por dilucidar lo concerniente a los funcionarios de Seguridad Social, concretamente en lo relacionado con la pensión de invalidez.

IX. Respecto a la pensión de invalidez el Decreto-ley 1653 de 1977 en su artículo 23 al tratar de las pensiones de invalidez, vejez

y muerte dispone: 'Los funcionarios de Seguridad Social estarán amparados por el Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte, en la cuantía y términos establecidos en los reglamentos generales que rigen sobre la materia'.

La norma transcrita, tal como se desprende de su texto, remite para efectos del reconocimiento de pensión de invalidez a los funcionarios de Seguridad Social a lo dispuesto en el artículo 1º, literales a) y b) del Decreto 232 de 1984, modificatorio del artículo 5º del Acuerdo 224 de 1966, norma que de ser interpretada y aplicada liberalmente, solamente haría acreedor al funcionario de Seguridad Social declarado inválido a la prestación económica en la cuantía y términos consagrados en el artículo 15 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por Decreto 3041 del mismo año, siempre y cuando reúna, además, el requisito de número de semanas de cotización exigido, lo cual generaría para dichos funcionarios, las siguientes situaciones:

A. Si, de conformidad con la calificación médica el funcionario de Seguridad Social pierde el 75% o más de su capacidad laborativa y además reúne el número de semanas de cotización exigido por el artículo 1º del Decreto 232 de 1984, solamente tendría derecho al pago de pensión de invalidez que otorga el instituto como asegurador, en cuantía equivalente al 45% del salario mensual de base que se obtiene multiplicando por el factor 4.33 la ciento cincuentava parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó en las últimas 150 semanas, tal como lo ordena el artículo 15 del citado Acuerdo 224 de 1966, aprobado por Decreto 3041 del mismo año.

B. Si acredita haber perdido el 75% o más de su capacidad laborativa (art. 61, Decreto 1848 de 1969), pero no reúne el requisito del número de semanas de cotización exigido, le será negada la pensión de invalidez, por el instituto como entidad aseguradora, evento en el cual quedaría sin el respectivo amparo, pese a su condición indiscutible de empleado oficial al servicio del Estado dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.

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

1. Al funcionario de Seguridad Social, que ha perdido el 75% o más de su capacidad laborativa y además acredita el número de semanas de cotización exigido por las normas pertinentes del Decreto 3041 de 1966 reglamentario del seguro de invalidez, vejez y muerte, debe reconocérsele la pensión de invalidez en la cuantía señalada en el artículo 15 de dicho estatuto por remisión que a lo dispuesto en éste hace el artículo 23 del Decreto-ley 1653 de 1977; o se le aplicaría en su integridad lo previsto para el reconocimiento de pensión de invalidez en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969? o, para tal efecto, se le aplicarían ambos regímenes?, esto es, el del Decreto 3041 de 1966, y el prestacional que rige para los empleados oficiales de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en este último caso a fin de que el instituto en su calidad de patrono le

reconozca al empleado la diferencia entre el valor de la pensión de invalidez otorgada por el instituto como asegurador y el que le correspondería al mismo instituto como patrono, conforme a lo previsto en los referidos artículos 23 y 63 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respectivamente?

2. Al funcionario de Seguridad Social que ha perdido el 75% o más de su capacidad laborativa, pero no acredita el número de semanas de cotización exigido por los reglamentos del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte, no haciéndose, por consiguiente, acreedor a la pensión de invalidez por parte del instituto como asegurador, pese a haber perdido el 75% o más de su capacidad laborativa, se le aplicaría, para el reconocimiento de la referida pensión, por parte del instituto en su calidad de patrono, lo dispuesto en los artículo 23 y 63 de los Decreto 3135 de 1958 (sic) y 1848 de 1969, en su orden?".

Consideración y respuesta de la Sala:

Como afiliados forzosos al régimen general de los seguros sociales obligatorios, lo funcionarios de Seguridad Socal están amparados por el Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte en la cuantía y términos establecidos en los reglamentos generales que rigen sobre la materia (art. 23, Decreto extraordinario 1653 de 1977).

Para tener derecho a las prestaciones económicas derivadas de los riesgos de invalidez se requiere ser inválido permanente, conforme a lo preceptuado por el artículo 62 del Decreto-ley 433 de 1971 y tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización al Instituto de Seguros Sociales dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o trescientas (300) semanas en cualquier época (art. 1º, Acuerdo del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios número 019 de 22 de diciembre de 1983, aprobado por Decreto número 0232 de 1984).

El monto de las prestaciones económicas derivadas de los riesgos de invalidez se integra, conforme al artículo 15 del Acuerdo número 224 de 1966, aprobado por Decreto número 3041 del mismo año, con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y con aumentos equivalentes al uno y dos décimos por ciento (1.2%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviera acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33 la ciento cincuentava parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó en las últimas ciento cincuenta semanas de cotización.

Al asegurado que al momento de invalidarse no hubiere cumplido las condiciones a que se refiere el aparte b) del artículo 1º del Acuerdo número 19 de 1983, se le otorgará, en sustitución de la pensión de invalidez, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas, una indemnización de monto equivalente a una mensualidad de la pensión que le habría correspondido. Igual indemnización se otorgará al asegurado que, sin tener derecho a la pensión de vejez, se invalide después de alcanzar las edades que se señalan en la ley y en el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte (art. 7º, Acuerdo 224 de 1966).

No deriva la aplicabilidad de las normas transcritas a los funcionarios de Seguridad Social de interpretación alguna, ni hay pretexto válido para desatender su tenor literal, cuando es claro su sentido y obvio el efecto de su aplicación. Así, al funcionario de Seguridad Social que haya perdido el 75% o más de su capacidad laborativa y acredite, además, el número de semanas de cotización exigido por el artículo 1º del Acuerdo del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios número 19 de 1983, debe reconocérsele por el Instituto de Seguros Sociales la pensión de invalidez en la cuantía señalada por el artículo 15 del Acuerdo número 224 de 1966, en virtud de lo dispuesto por el artículo 23 del Decreto 1653 de 1977.

Este reconocimiento excluye, desde luego, la aplicabilidad de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, cuyas normas se aplican a los empleados públicos nacionales de la Rama Administrativa del Poder Público, "mientras la ley no disponga otra cosa". Y tal disposición no es otra que la del artículo 6º del Decreto-ley 1650 de 1977, conforme al cual "deberán afiliarse forzosamente al régimen que establece en el presente Decreto, los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; los funcionarios de seguridad social a que se refiere el Decreto 1651 de 1977 y los pensionados por el régimen de los Seguros Sociales Obligatorios".

La afiliación original al Seguro Social Obligatorio prevista en la Ley 90 de 1946, actualizada por el Decreto-ley 433 de 1971 y sostenida expresamente por el Decreto 1650 de 1977, que lo sustituye, corresponde, pues, a la situación específica de los servidores del Estado afiliados con anterioridad al 18 de julio de 1977, cuando empezó a regir el último Decreto, y en el caso de la consulta, a la de los funcionarios de Seguridad Social, a partir de la fecha indicada.

Esta peculiar situación jurídica frente al régimen prestacional de los servidores del sector público, con todos los efectos que implica la asimilación al régimen de los trabajadores particulares, evidencia de plano una incompatibilidad entre una y otro régimen que excluye, desde luego la posibilidad de que en determinado momento, el Instituto de Seguros Sociales, en su calidad de patrono, le reconozca al funcionario la diferencia entre el valor de la pensión de invalidez otorgada conforme al régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de Seguridad Social y el valor de la misma pensión liquidada conforme a lo previsto por los artículos 23 del Decreto 3135 de 1968 y 63 del Decreto 1848 de 1969.

No tendría sentido exigir el cumplimiento de 150 cotizaciones, en aplicación de un régimen prestacional especial, supuestamente optativo, cuando la aplicación directa de otro régimen, con carácter general, no lo exigiría. Y en estricta lógica dicha exigencia sólo conduciría al Instituto de Seguros Sociales a reconocer, como asegurador, una prestación de determinada equivalencia, únicamente para asumir, como patrono y sin fundamento legal, la diferencia con la correspondiente al régimen común.

Como beneficiarios de los Seguros Sociales Obligatorios y por lo tanto con derecho al reconocimiento y efectividad de las prestaciones

económicas y de salud, en la extensión y condiciones de su afiliación al Instituto de Seguros Sociales, los funcionarios de Seguridad Social, según lo dispone el artículo 23, aparte c) del Decreto-ley 1651 de 1977 tienen derecho "a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones consagradas en el régimen especial fijado para ellos" por el Decreto-ley 1653 de 1977 y les está prohibido "cobrar o recibir cualquier suma de dinero por concepto de salario o prestación que no les corresponda legal o convencionalmente" (art. 24, aparte c).

De otra parte, las reglas contenidas en los estatutos que fijan el régimen prestacional de los servidores del sector público sólo están llamados a llenar los vacíos que llegaren a encontrarse en la regulación de los Seguros Sociales Obligatorios (art. 136, Decreto-ley 1650 de 1977). Pero a ningún vacío remite la consulta ahora en consideración, sino a la aplicación directa de un régimen de prestaciones cuya composición, extensión, condiciones y limitaciones son señaladas por el Decreto-ley 1653 de 1977 y los respectivos reglamentos del Instituto de Seguros Sociales.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

GARANTIAS DE LA NACION A LOS DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS Y SUS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.—

Los incisos 3º y 4º del artículo 227 del Decreto extraordinario 222 de 1983, en cuanto atañen a Crédito Interno de Departamentos y Municipios quedaron sustituidos por los artículos 222 del Código de Régimen Municipal, que son las vigentes, en armonía con los artículos 15 de la Ley 3ª de 1986 y 49 de la Ley 11 de 1986.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., trece de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: Número 092.

El señor Ministro de Minas y Energía, en Oficio número 023236, hace a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"Referencia: Consulta garantías de la Nación a los Departamentos, Municipios y sus entidades descentralizadas.

. . .

La Ley 7ª de 1981 en su artículo 32 prohibió las garantías de la Nación para créditos internos de Departamentos, Municipios y a las entidades descentralizadas pertenecientes a esos dos niveles de la administración. Dice así el artículo:

'Las operaciones de crédito interno no podrán contar con garantía de la Nación, ni el Gobierno podrá incorporar en el proyecto de presupuesto nacional partida alguna destinada a financiar mediante aportes o préstamos el servicio de dicha deuda'.

Sin embargo, el Decreto-ley 222 de 1983, en su artículo 227 revivió la posibilidad de otorgar esas garantías cuando en el capítulo de contratos de crédito señaló como única condición para que ello fuera factible, el que las entidades territoriales señaladas y sus organismos, cumplieran con las prescripciones sobre empréstitos y protección a la industria y trabajos nacionales señaladas en dicho estatuto. Dice así el artículo 227, tercer inciso:

'La Nación sólo podrá garantizar el financiamiento de los Departamentos y Municipios y de sus entidades descentralizadas, cuando aquellas y éstas se ajusten a las prescripciones sobre empréstitos y protección de la industria y trabajos nacionales que establece este estatuto'.

En 1986, las Leyes 3ª y 11 para Departamentos y Municipios, respectivamente, entre otras cosas facultaron al Gobierno para dictar sendos Decretos-leyes que codificaran la legislación vigente hasta el momento sobre organización y funcionamiento de esas entidades territoriales. No podía pues el Gobierno crear nuevo derecho sino únicamente reproducir ordenadamente todas aquellas disposiciones que estuvieren vigentes. Sin embargo, en los Decretos-ley expedidos, el 1222 de 1986 para Departamentos y el 1333 de 1986 para Municipios, se partió de la base de que la disposición de la Ley 7ª de 1981 que prohibía las garantías de la Nación, era la norma vigente, desatendiendo la vigencia de la prescripción legal del Decreto-ley 222 de 1983 transcrita.

Con fundamento en el artículo 98, inciso 2º del Decreto 01 de 1984, se consulta a la honorable Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: ¿Cuál es la disposición vigente en la materia referida: El artículo 227 del Decreto-ley 222 de 1983, o las contenidas en los artículos 223 del Decreto-ley 1222 de 1986 y 1333 del mismo año, que reproducen una norma derogada tácitamente por el primero de los estatutos mencionados?".

La Sala considera y responde:

La Sala estima que el artículo 32 de la Ley 7ª de 1981 fue incorporado por los Códigos de Régimen Departamental y Municipal y extendida su aplicación por el estatuto contractual de las Intendencias y Comisarías como norma vigente en cuanto a contrato de empréstito interno que pueden celebrar las entidades territoriales y las descentralizadas de éstas, por competencia genérica derivada de la misma norma y en ejercicio de su autonomía administrativa.

Esa capacidad legal, así reconocida por regulación propia, no quedó librada a la eventual regulación de ordenanzas o acuerdos, para celebrar determinado tipo de contrato, —el empréstito— y por razón de la naturaleza de las entidades que la asumían y las limitaciones de su financiación, vino a determinar la prohibición expresa de que la Nación garantizara sus operaciones de crédito como también la celebración de éstas cuando el servicio total de la deuda pública respectiva represente en la correspondiente vigencia fiscal una suma superior al treinta por ciento de las rentas ordinarias incluyendo el nuevo empréstito (Cf. art. 34, Ley 7 de 1981; art. 284 del Código de Régimen Municipal; art. 224, Código de Régimen Departamental).

No quedó incorporado en los nuevos Códigos el artículo 227 del Decreto 222 de 1983, incisos 3º y 4º, porque la facultad excepcional de la Nación para garantizar el financiamiento interno de los Departamentos y Municipios y de sus entidades descentralizadas perdió su razón de base con la solución global que implica el incremento de transferencias e ingresos propios de Departamentos y Municipios y la destinación ampliada del situado fiscal en Intendencias y Comisarías, estrategias de descentralización fiscal a cuyos resultados se confía, entre otros, la autonomía de financiamiento interno de las entidades territoriales que puedan y deban recurrir al mismo.

De otra parte quedaron establecidas plena y autónomamente las prescripciones sobre requisitos de formación, perfeccionamiento y

ejecución de un contrato de empréstito interno por parte de las entidades territoriales, como también deducida y afirmada su sujeción a los márgenes de protección otorgados a la industria y al trabajo nacionales, desapareciendo así, virtualmente, los elementos fundamentales de la excepción prevista por el tercer inciso del artículo 227 del Decreto 222 de 1983 (Cf. concepto Sala de Consulta. Radicación 021 de 15 de mayo de 1986, Consejero ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy).

Cuando un régimen legislativo integra y agota el margen de regulación sobre determinada materia, se constituyen en fuente exclusiva de aplicación frente a normas dispersas y ocasionales cuya sustitución determina al tenor del artículo 3º de la Ley 153 de 1887 en armonía con los artículos 71 y 72 del Código Civil.

Si se atendió a la vigencia de la Ley 7ª de 1981 no fue en desatención a la del inciso 3º del artículo 27 del Decreto 222 que tenía que descartarse frente a la de la ley luego la expedición de los nuevos Códigos de Régimen Departamental, Municipal, Intendencial y Comisarial, supuso un desarrollo recto de las facultades otorgadas por las Leyes 3ª y 11 de 1986 y 22 de 1985 y por tanto la Sala reconoce que los incisos 3º y 4º del artículo 227 del Decreto extraordinario 222 de 1983, en cuanto atañen a crédito interno de Departamentos y Municipios quedaron sustituidos por los artículos 222 del Código de Régimen Departamental y 282 del Código de Régimen Municipal, que son los vigentes, en armonía con los artículos 15 de la Ley 3ª de 1986 y 49 de la Ley 11 de 1986.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

LOTERIAS.—

1º Desde la promulgación de la Ley 64 de 1923, el ESTABLECIMIENTO de loterías con premios en dinero se limitó a los Departamentos y la DESTINACION DE SU PRODUCTO a la ASISTENCIA PUBLICA.

2º Loterías en los Departamentos. Facultades de prohibirlas y reglamentarlas.

3º BILLETES NO VENDIDOS QUE SE ENCONTRARON PREMIADOS. Regulación.

4º Libertad de circulación y venta de loterías Departamentales y Municipales.

5º IMPUESTO ADICIONAL a todo PREMIO, RIFA O LOTERIA (art. 13 de la Ley 69 de 1946).

6º LOTERIA DE LA VILLA REPUBLICANA DE CHIQUINQUIRA. Producto líquido. Destinación (art. 3º de la Ley 9ª de 1970). Inversión.

7º DESTINACION DEL PRODUCTO DEL FUNCIONAMIENTO DE UNA lotería COMPATIBLE con la imposición de un gravamen destinado a la beneficencia pública Departamental, sólo puede cumplirse, en todo caso, cuando tal gravamen se ha impuesto pero cuando la ley sólo faculta para imponerlo sobre LA VENTA DE BILLETES de lotería de otros Departamentos pero cuando esa facultad sólo puede ejercerse dentro de los términos de la ley que le otorga.

8º LOTERIA DE BOYACA. Recaudo. ¿Fundamento legal?

9º IMPUESTO DE GANADORES (Ley 69 de 1946). Objeto. Destinación. BENEFICENCIA DE BOYACA. LOTERIA DE CHIQUINQUIRA.

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

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: Número 094.

El señor Ministro de Gobierno, en Oficio número 0067, envió a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"...

Atentamente y a solicitud del Gobernador del Departamento de Boyacá, someto a consideración de la Sala que usted preside,

la consulta relacionada con el pago del impuesto de loterías foráneas.

La lotería de la Villa Republicana de Chiquinquirá fue creada por la Ley 9ª de 1970, modificada y actualizada por las Leyes 12 de 1973, 26 de 1982 y 23 de 1983. Las citadas leyes facultan a la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá para contratar, organizar y administrar el funcionamiento de la referida lotería, e invertir sus recaudos en la financiación de la construcción del Instituto Universitario, del Matadero Regional, del Coliseo Deportivo, del Centro Administrativo y la remodelación de la Plaza de Bolívar.

La Ley 64 de 1923, por la cual se dio origen a las loterías, establece que su producido se destinará a la 'asistencia pública', consagrando excepciones a esta destinación, como sería el caso de la lotería Republicana de Chiquinquirá, la cual debe invertir su producto en obras públicas como ya se anotó.

La Ley 64 de 1923 facultó a las Asambleas Departamentales para gravar hasta con un diez por ciento (10%) del valor nominal de cada billete, la venta de billetes de otros Departamentos, con destino exclusivo a la asistencia pública, principio que se ratificó mediante la Ley 133 de 1936. Es así como la lotería Villa Republicana de Chiquinquirá, no obstante que ha venido permitiendo a la lotería de Boyacá, el recaudo directo de este gravamen denominado 'impuesto de loterías foráneas', a sabiendas de que aquella se rige por normas especiales en cuanto a destinación de sus recaudos, tiene duda sobre su obligación de cancelarlo.

Por otro lado la Ley 69 de 1946, estableció un impuesto adicional del 10% a todo premio de lotería o rifa, denominado impuesto de ganadores, el cual fue elevado a un 15% por la Ley 4ª de 1963, destinado a las instituciones asistenciales. Este gravamen también lo ha venido transfiriendo la lotería Villa Republicana de Chiquinquirá a la lotería de Boyacá.

La lotería de la Villa Republicana de Chiquinquirá está sometida a la inspección y vigilancia del Ministerio de Salud y a éste se ha consultado en varias oportunidades pero no ha podido lograr claridad sobre el tema.

De acuerdo a los argumentos expuestos, se consulta a esa honorable Sala, si la lotería de la Villa Republicana de Chiquinquirá, está obligada según las leyes que la rigen, a transferir a la lotería de la Beneficencia de Boyacá, el producto del impuesto a ganadores y a loterías foráneas. Si la lotería de la Villa Republicana de Chiquinquirá, puede exigir de la lotería de Beneficencia de Boyacá la devolución de las transferencias que le ha hecho por los impuestos de ganadores y de loterías foráneas.

Para una mayor información me permito hacerle llegar fotocopia de las Leyes 9 de 1970, 12 de 1973, 26 de 1982, 23 de 1983, 64 de 1923, 133 de 1936, 69 de 1946 y 4 de 1963".

Considera la Sala:

Desde la promulgación de la Ley 64 de 1923, el establecimiento de loterías con premios en dinero se limitó a los Departamentos y la destinación de su producto a la asistencia pública.

"En los Departamentos en que el producto de las loterías tenga destinación al servicio de la instrucción o de las obras públicas, se respetará esa destinación" (art. 1º *ibídem*).

Con la facultad de establecer una lotería, otorgada a los Departamentos por el artículo 1º, corrieron parejas las facultades de prohibirlas y reglamentarlas en su territorio o de gravarlas hasta con un diez por ciento (10%) del valor nominal de cada billete. "Este gravamen ingresará íntegramente al fondo de la beneficencia pública" (art. 4º *ibídem*).

Si entre los billetes no vendidos se encontraren los premiados, la lotería destinará el setenta por ciento (70%) de esos premios a la beneficencia y entregará el producto al Gobernador o a la respectiva Junta, veinticuatro horas después de verificado el respectivo sorteo (art. 6º *ibídem*).

Por la Ley 133 de 1936, que modifica el artículo 4º de la Ley 64 de 1923, se dispuso expresa libertad de circulación y venta de loterías Departamentales o Municipales y se facultó a las Asambleas Departamentales para gravar hasta con un diez por ciento (10%) del valor nominal de cada billete, con destino exclusivo a la Asistencia Pública, la venta de billetes de loterías de otros Departamentos.

"Es entendido que los Departamentos o Municipios que actualmente estén cobrando el 10% de que trata el artículo 4º de la Ley 64 de 1923, podrán seguir efectuando dicho cobro, sin necesidad de nueva autorización de las Asambleas, en el lapso comprendido entre la sanción de la presente ley y la expedición de las ordenanzas que se dictan en desarrollo de ella" (Parágrafo, artículo 1º, Ley 133 de 1936).

Todo premio de rifa o lotería cuya cuantía total exceda de un mil pesos ($ 1.000.oo) se gravó con impuesto adicional de diez por ciento (10%) sobre su valor por el artículo 13 de la Ley 69 de 1946, impuesto que se aumentó al quince por ciento (15%) por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1963.

"Los aumentos impositivos establecidos por la presente ley, ingresarán a las entidades públicas a cuyo favor hayan sido cedidos tales impuestos en la misma proporción que actualmente les corresponde" (art. 4º, inciso 1º *ibídem*).

Entendió el Gobierno, según su exposición de motivos al proyecto de ley por el cual se aumentó el impuesto de loterías que, en el caso de éstas, la tarifa debía ser inferior, para no perjudicar el debido desenvolvimiento de las beneficencias; pero eso sí, reajustando el gravamen al quince por ciento (15%). "Por otra parte, la modificación al impuesto en los premios de loterías, se propone sin perjuicio del gravamen del dos por ciento establecido por la Ley 143 de 1938, que seguirá recaudándose en la misma forma..." (Historia de las Leyes. Tomo XXI, legislatura de 1963. Imp. Nal. 1980, pág. 94).

El artículo 3º de la Ley 9ª de 1970, señaló, por su parte, a los sorteos anuales extraordinarios de la lotería de la Villa Republicana de Chiquinquirá autorizados por el artículo 2º este único fin: Que el producto líquido obtenido se dedicara en su totalidad a financiar la terminación del Estadio y la Plaza de Mercado.

Y el artículo 2º de la Ley 12 de 1973 otorgó a la Corporación de Desarrollo de la misma ciudad facultad para invertir en obras los recaudos del funcionamiento de su lotería, dando prioridad a las siguientes: Financiación de la edificación del mercado cubierto, construcción del Coliseo de Ferias, financiación de la construcción del Instituto Universitario, construcción del Matadero Regional y construcción del Coliseo Deportivo Cubierto.

Con estricta sujeción a las normas anteriores, la Ley 26 de 1982 dispuso en su artículo 1º la realización indefinida de los sorteos y el artículo 3º de la Ley 23 de 1983 autorizó de nuevo a la Corporación de Desarrollo de Chiquinquirá para realizar adicionalmente otro sorteo anual durante seis años consecutivos, en la forma prevista en las Leyes 12 de 1973 y 26 de 1982, es decir, individual, asociado o colectivo, de cuantía indefinida y con el procedimiento y la fiscalización que determinen las disposiciones legales vigentes.

Del tenor literal del artículo 4º de la Ley 133 de 1936 se infiere sin dudas que fue la venta de billetes de lotería *de otros Departamentos* la señalada como objeto del gravamen que las Asambleas Departamentales podían imponer, hasta en un diez por ciento (10%) del valor nominal de cada billete, con destino exclusivo a la Asistencia Pública.

Y fue el premio de lotería superior a mil pesos el objeto del impuesto adicional de diez por ciento establecido por el artículo 1º de la Ley 69 de 1946 y aumentando al quince por ciento por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1963. Este impuesto así incrementado se destinó a las entidades públicas a las que antes se hubiere cedido, por el artículo 6º, inciso 1º de la ley citada.

Efectivamente la destinación de estos dos impuestos sobre venta de billetes y premios de loterías, coincide con la finalidad del establecimiento legal de estas pero no es incompatible cuando tal finalidad es distinta, como en el caso de la lotería de Chiquinquirá, destinada a obras públicas, aunque sean extraordinarias sus sorteos, indefinida su realización y posible la de otro anual durante seis años consecutivos.

La destinación del producto del funcionamiento de una lotería, compatible con la imposición de un gravamen destinado a la beneficencia pública departamental, sólo puede cumplirse, en todo caso, cuando tal gravamen se ha impuesto, pero no cuando la ley sólo faculta para imponerlo sobre la venta de billetes de lotería de otros Departamentos ni cuando esa facultad sólo puede ejercerse dentro de los términos de la ley que la otorga.

Resulta, entonces, marginada la posibilidad de que la Asamblea Departamental de Boyacá haya gravado la venta de billetes de la lotería de Chiquinquirá y desde luego, ninguna posibilidad existe, en desarrollo de la Ley 133 de 1936 de extender a loterías municipales el cubrimiento de un impuesto establecido por esa ley sólo para las departamentales.

En consecuencia no tiene fundamento legal el recaudo directo por la lotería de Boyacá del gravamen denominado "impuesto de loterías foráneas" proveniente, de hecho, de la venta de billetes de la lotería de Chiquinquirá. Y esta puede exigirle la devolución de las transferencias hechas con tal motivo, destinadas arbitrariamente a las instituciones asistenciales.

Sobre el denominado "impuesto de ganadores", establecido por la Ley 69 de 1946, no hay duda, en cambio, de que por su objeto, cual es *todo* premio de lotería mayor de mil pesos y su reajuste con destinación clara del producto, corresponde a la Beneficencia de Boyacá, y mal puede reclamarlo la lotería de Chiquinquirá establecida como fue con fines ajenos a la beneficencia o asistencia pública.

En estos términos se absuelve la consulta de la referencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONCEJALES. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

Los Concejales principales y suplentes no pueden ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo municipio, salvo en los cargos de Secretario de la Alcaldía o Gerente de entidad descentralizada, desde el momento de su elección hasta el vencimiento de su período. Y aún en el caso de renuncia del cargo de Concejal la mencionada prohibición se mantiene durante el año posterior a la aceptación de la renuncia, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., once de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Inhabilidades e incompatibilidades de los Concejales. Radicación número 095.

El señor Ministro de Gobierno ha formulado la siguiente consulta:

"De manera atenta someto a consideración de la Sala que usted preside la consulta relacionada con inhabilidades e incompatibilidades de los Concejales.

El artículo 87 del Código de Régimen Municipal establece:

'*Artículo 87.* Los Concejales principales y suplentes no podrán ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo municipio, a menos que fuere en los cargos de Secretario de la Alcaldía o Gerente de entidad descentralizada.

Los Personeros, Tesoreros...'.

En relación con este tema el Consejo de Estado, expresó en concepto del 19 de diciembre de 1986, que los Gobernadores no podrán nombrar como Alcaldes a los Concejales del respectivo municipio, mientras los primeros conserven tal atribución y los segundos esta investidura.

El artículo 91 del Código de Régimen Municipal, que se conformó con los artículos 58 y 59 de la Ley 11 de 1986, preceptúa:

'*Artículo 91.* Las incompatibilidades que la ley establece para los Concejales principales y suplentes, rigen desde el momento de su elección, hasta el vencimiento del período respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán por un año después de su aceptación, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período.

Para los efectos previstos en este estatuto, se adquiere la calidad de Concejal desde el momento de la elección y se conserva hasta el vencimiento del período'.

De conformidad en lo dispuesto por las normas transcritas se consulta:

1º La prohibición del artículo 87 ya citado constituye una incompatibilidad para efecto de dar aplicación al artículo 91, inciso primero del Código de Régimen Municipal? O se considera una inhabilidad y se mantiene desde la elección de los Concejales hasta la terminación de su período, de acuerdo a lo preceptuado por el inciso 2º del referido artículo 91 (anteriormente artículo 59 de la Ley 11 de 1986)?

2º Los Concejales principales y suplentes al renunciar a sus curules, pueden ser designados en el cargo de Alcalde o en otros diferentes a los de Secretario de Alcaldía o Gerente de entidad descentralizada municipal, en el respectivo municipio?

3º Los Concejales principales y suplentes, que sin renunciar a sus curules fueron nombrados Alcaldes del respectivo municipio, al renunciar a éstas, pueden continuar como Alcaldes?

Del señor Presidente y de los honorables Consejeros, con sentimientos de consideración.

(Fdo.) *Fernando Cepeda Ulloa.* Ministro de Gobierno".

La Sala considera y responde:

Se procede a absolver los interrogantes de la consulta en el mismo orden en que han sido planteados:

1. Constituye la prohibición contenida en el artículo 87 del Código de Régimen Municipal una incompatibilidad o una inhabilidad? Tiene operancia dicha prohibición desde la elección de los Concejales hasta la terminación de su período?

Dispone el mencionado artículo 87 del Código de Régimen Municipal, Decreto-ley 1333 de 1986, que los Concejales principales y suplentes no podrán ser nombrados empleados o trabajadores del municipio respecto del cual tienen aquella calidad, a no ser que fuere en los cargos de Secretario de la Alcaldía o Gerente de entidad descentralizada. Además establece que los Personeros, Tesoreros, Contralores, Auditores y Revisores no podrán nombrar para ningún cargo a los Concejales ni a los parientes de éstos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Debe anotarse, eso sí, que el artículo 25 de la Ley 78 de 1986, eliminó a los Tesoreros de la anterior enumeración.

En concepto dado por la Sala, el 19 de diciembre de 1986, con ponencia del doctor Jaime Paredes Tamayo, se dejó claro que los Concejales no pueden ser nombrados Alcaldes mientras su nombramiento dependa de los Gobernadores. Y se dijo que a partir del momento en que el cargo de Alcalde pase a ser de elección directa, tampoco podrán ser elegidos simultáneamente Concejales y Alcaldes

(arts. 201, inciso 2º de la Constitución Nacional y 74 del Código de Régimen Municipal).

Pues bien, con el propósito de llegar a una respuesta en relación a si el artículo 87 del Código de Régimen Municipal establece una inhabilidad o una incompatibilidad para los Concejales, es pertinente, en primer lugar, tratar de precisar los conceptos correspondientes a tales figuras jurídicas:

Al acudir al sentido natural y obvio de las palabras se encuentra que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española registra las siguientes acepciones:

"Inhabilidad: Defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo u oficio".

"Incompatibilidad: Impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez".

En un sentido jurídico más preciso puede decirse que las inhabilidades son prohibiciones para que alguien sea elegido o nombrado en determinado cargo, por motivos de interés público, y las incompatibilidades prohibiciones para ejercerlo concurrentemente con otro y otros (Véanse los *Anales del Consejo de Estado*, Primer Semestre de 1972, Tomo 82, pág. 592).

Tal como sostiene el jurista Enrique Sayagués Laso en su Tratado de Derecho Administrativo (Montevideo, 1963, Tomo I, págs. 299 y ss.) la inhabilidad constituye un obstáculo para ingresar a un cargo público y la incompatibilidad, en cambio, impide el ejercicio smultáneo de un cargo público con otro cargo público o aún con determinada actividad privada. "La personas a la cual alcanza la inhabilidad (sostiene el citado tratadista) no puede ser designada y si lo fuera, la designación es nula. La incompatibilidad no impide la designación; pero como el ejercicio simultáneo de los cargos o actividades está prohibido, el interesado debe optar por uno u otro".

Delineado así el anterior marco teórico, es preciso admitir que la ley no ha establecido expresamente una frontera totalmente definida entre los conceptos de inhabilidad y de incompatibilidad; que la diferencia entre ellos, sobre todo en su aplicación práctica, suele aparecer en ocasiones bastante sutil, y que, concretamente en el Código de Régimen Municipal, Título IV, Libro II, que trata "De los Concejales" no se especifica cuáles de las prohibiciones allí establecidas son inhabilidades y cuáles incompatibilidades; e inclusive llega a usarse a veces indistintamente un término u otro o también como sinónimo del más general de "prohibiciones"; tal es el caso del artículo 91, en el cual se dice que las "incompatibilidades" establecidas por la ley para los Concejales rigen desde el momento de su elección hasta el vencimiento del período respectivo; y el caso del artículo 88 en el cual se habla de "prohibiciones" vigentes durante el mismo lapso.

Pero aun cuando no exista gran precisión en la utilización de los términos, lo esencial es que la Ley 11 de 1986 y el Código de Régimen Municipal quisieron establecer un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los Concejales, en procura de la moralización y modernización de la administración municipal; estos objetivos son

tangibles en la exposición de motivos presentada por el Gobierno nacional junto con el proyecto que más tarde se convirtió en la Ley 11, estatuto básico de la administración municipal y en el texto de las ponencias presentadas en el Congreso durante los debates correspondientes y es así como en los artículos 82 y siguientes del Código de Régimen Municipal se establecen diversas prohibiciones para los Concejales que, desde el punto de vista estrictamente doctrinario podrían ser calificadas ora de inhabilidades ora de incompatibilidades, pero que en todo caso, de conformidad con los artículos 87 y 90, vician de nulidad los nombramientos que se hagan, las actuaciones que se realicen o los contratos que se celebren contraviniendo dichas prohibiciones.

En concordancia con esa voluntad moralizadora del legislador, se dispuso en el artículo 91 que "las incompatibilidades" que la ley establece para los Concejales rigen desde el momento de su elección hasta el vencimiento del período respectivo. En este artículo el término "incompatibilidades" está utilizado en un sentido amplio que comprende todas las prohibiciones que los artículos anteriores establecen respecto de los Concejales.

De manera que la prohibición del artículo 87 del Código de Régimen Municipal está cobijada por la disposición del artículo 91 y por lo tanto los Concejales principales y suplentes no pueden ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo municipio, salvo en los cargos de Secretario de la Alcaldía o Gerente de entidad descentralizada, desde el momento de su elección hasta el vencimiento de su período. Y aún en el caso de renuncia del cargo de Concejal la mencionada prohibición se mantiene durante el año posterior a la aceptación de la renuncia, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período.

En esta forma queda absuelta la primera cuestión planteada en la consulta.

2. En cuanto al segundo y tercer interrogante, se tiene:

De conformidad con lo anteriormente analizado, las incompatibilidades e inhabilidades establecidas para los concejales se mantendrán, en caso de renuncia, por un año después de la aceptación de la misma. De modo que si los Concejales, ya sean principales o suplentes renuncian a su investidura, sólo podrán ser nombrados en el cargo de Alcalde (o elegidos como tales a partir de marzo de 1988) o nombrados en otros cargos diferentes a los de Secretario de Alcaldía o Gerente de entidad descentralizada municipal, cuando se haya cumplido un año contado a partir de la aceptación de su renuncia.

Por lo tanto, los actuales Concejales, esto es aquellos que fueron elegidos en marzo de 1986 y cuyo período terminar el 31 de julio de 1988 (según lo dispone el parágrafo del artículo 85), no podrán ser elegidos Alcaldes en las elecciones que habrán de llevarse a cabo el segundo domingo de marzo de 1988, a menos que hubieren renunciado a su investidura de Concejales y tal renuncia les hubiere sido aceptada antes del segundo domingo de marzo de 1987.

Y, finalmente, si un Concejal que no ha renunciado a su investidura fue nombrado Alcalde del correspondiente municipio y está actualmente desempeñando ese cargo, el hecho de que renuncie a su

curul de Concejal no lo habilita para continuar siendo Alcalde, pues la inhabilidad sólo cesará un año después de la aceptación de la renuncia.

Transcríbase copia auténtica a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONCEJALES. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

Los artículos 87 y 91 del Código de Régimen Municipal no comprenden a los Alcaldes elegidos popularmente de conformidad con el Acto legislativo Nº 1 de 1986, sino exclusivamente a los que sean nombrados o designados, antes del 15 de mayo de 1988, por los Gobernadores, Intendentes y Comisarios.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Consulta. Radicación número 095.

1º Comparto la primera respuesta en cuanto afirma que "la prohibición del artículo 87 del Código de Régimen Municipal está cobijada por la disposición del artículo 91" y que, por consiguiente, "los Concejales principales y suplentes no pueden ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo municipio, salvo en los cargos de Secretario de la Alcaldía o Gerente de entidad descentralizada, desde el momento de su elección hasta el vencimiento de su período"; si se presentare renuncia del cargo, la prohibición se extenderá hasta un año después de su aceptación, si faltare un lapso superior para el vencimiento del correspondiente período.

De manera que el cargo de Concejal *es incompatible* con todos los demás del mismo municipio, salvo las expresas excepciones legales.

2º La respuesta a la segunda pregunta está implícita en la que se dio a la primera: Los Concejales, principales o suplentes, que renuncien a sus curules no pueden ser *designados* en cargos diferentes de los contemplados por el artículo 87 del Código de Régimen Municipal sino un año después de su aceptación, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período.

De lo expuesto se deduce que para contestar la segunda pregunta del señor Ministro de Gobierno había que *atenerse exclusivamente al mismo Código del Régimen Municipal, concretamente, al significado de los artículos 87 y 91 de ese estatuto.*

3º Del mismo modo, la respuesta a la tercera pregunta del señor Ministro de Gobierno también se deduce de las mismas disposiciones legales mencionadas: Los Concejales, principales y suplentes, que sin renunciar a sus curules fueron designados en cargos cuyo ejercicio es incompatible, de conformidad con los artículos 87 y 91 del Código de Régimen Municipal, al renunciar a las indicadas curules, no pueden ejercer esos cargos si, según los mencionados preceptos, para ello se requiere o el vencimiento del período legal de los Concejales, principales y suplentes, o que transcurra un año, por lo menos, desde la

aceptación de la renuncia, si falta un lapso superior para el vencimiento del período..

De modo que la respuesta a la tercera pregunta del señor Ministro de Gobierno, como la correspondiente a la segunda, *tenía que fundarse exclusivamente en los artículos 58 y 59 de la Ley 11 de 1986, correspondientes a los artículos 87 y 91 del Código de Régimen Municipal.* Estos preceptos determinan exclusivamente los cargos del correspondiente municipio en los cuales los Concejales, principales y suplentes, no pueden ser *nombrados o designados*; es decir, aquellos a los cuales *no pueden ser llamados a ejercerlos por parte del superior jerárquico.*

Pero los mencionados artículos 87 y 91 del Código de Régimen Municipal no comprenden a los Alcaldes *elegidos popularmente*, de conformidad con el Acto legislativo número 1 de 1986, sino *exclusivamente a los que sean nombrados o designados, antes del 15 de mayo de 1988, por los Gobernadores, Intendentes y Comisarios.*

4º El artículo 3º, inciso 2º, del Acto legislativo número 1 de 1986 prescribe que "nadie podrá ser elegido simultáneamente Alcalde y Congresista, Diputado, Consejero Intendencial o Comisarial o Concejal"; que "tampoco podrán ser elegidos Alcalde los Congresistas durante la primera mitad de su período constitucional" y que "la infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones".

Del claro tenor del transcrito precepto constitucional se infiere que prohíbe elegir simultáneamente a una misma persona como Alcalde y Concejal; lo que constituye *una inhabilidad para ser elegido coetáneamente Alcalde y Concejal.* De ahí que el artículo 5º de la Ley 78 de 1987 —a la cual remite la Ley 11 del mismo año— prescriba, en perfecta concordancia con el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986, como una de las *causales de inhabilidad* para ser elegido Alcalde, "simultáneamente ser elegido Congresista, Diputado, Concejal, y Consejero Intendencial o Comisarial". Pero, como es evidente, tanto el artículo 3º del Acto legislativo número 1 como la Ley 78 de 1986 se refieren, *no a los nombramientos de Alcaldes que hagan los Gobernadores, Intendentes y Comisarios hasta el 15 de marzo de 1988, sino a las elecciones populares de los mismos funcionarios, que deben efectuarse a partir de esa fecha.*

De ahí que mientras los artículos 87 y 91 del Código de Régimen Municipal prescriben *causales de incompatibilidad* para los Concejales, los artículos 3º del Acto legislativo número 1 y 5º de la Ley 78 de 1987 contemplan, *como causal de inhabilidad, ser elegido simultáneamente Alcalde y Concejal.*

Bogotá, 10 de marzo de 1987.

Humberto Mora Osejo.

IMPUESTO PARA EL FOMENTO Y DESARROLLO DE LA INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA (art. 15 de la Ley 55 de 1985).—

1º Equivalencia del impuesto. Debe recaer sobre el valor neto de la boleta de ingreso a la sala de exhibición cinematográfica.

2º ¿A partir de cuándo se cobra?
3º ¿Quién recauda?

4º Los incisos 2º y 3º del artículo 15, al ser declarados inexequibles desapareció en una parte la destinación específica que la ley le daba al tributo, subsistiendo no obstante, el gravamen en su totalidad.

5º VALOR MAXIMO A COBRAR EN LAS SALAS DE CINE. VALOR NETO DE LA BOLETA DE ADMISION (art. 1º, Decreto 2732 de 23 de septiembre de 1985, reglamentario del artículo 15 de la Ley 55 de 1985, COBRO DEL GRAVAMEN. Los RECAUDADORES DEL GRAVAMEN no son otros que las salas de exhibición cinematográficas. Ellas están en la obligación de enviar a FOCINE (Compañía de Fomento Cinematográfico), el valor del gravamen dentro del mes siguiente a su recaudo. CONTROL DEL RECAUDO: Medios. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO AL RECAUDO. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. CONTROL FISCAL sobre el recaudo del impuesto para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica. JURISDICCION COACTIVA. CREDITOS del Estado sobre el impuesto para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica. El funcionario competente sería la División de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería General de la República, conforme lo establece el artículo 10 del Decreto-ley 078 de 1976.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Fundamentos constitucionales y legales para exigir de las salas de exhibición cinematográfica, la entrega del producto del gravamen para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica establecido en el artículo 15 de la Ley 55 de 1985. Radicación: Número 100.

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

Fundamentos de la consulta:

Son los siguientes:

1. El Decreto 129 de 1976, reorgánico del Ministerio de Comunicaciones, en su artículo 2º, literal m), señala:

"Artículo 2º Además de las que en forma general señala a los Ministerios el Decreto 1050 de 1968 en su artículo 3º, el Ministerio de Comunicaciones tendrá las siguientes funciones especiales... m) Clasificar las distintas salas de exhibición cinematográfica que operan en el país y fijar los precios y sobreprecios para las producciones cinematográficas, según su naturaleza de nacionales o extranjeras y la clasificación dada a las salas cinematográficas:

...".

2. La Resolución número 2600 de 1983 (julio 25) "Por la cual se establece la clasificación de las salas de exhibición cinematográfica y se fijan las tarifas de admisión correspondientes", expedida por el Ministerio de Comunicaciones, señala en su artículo 13:

"Artículo 13. Las tarifas máximas de admisión que se establecen en los artículos 11, 12 y 16 incluyen los siguientes conceptos:

a) El valor neto del espectáculo;

b) El sobreprecio por la exhibición de producciones nacionales de cortometraje, cuando se exhiban películas extranjeras de largometraje;

c) El sobreprecio por la exhibición de producciones extranjeras de largometraje o el sobreprecio por la exhibición de producciones nacionales de largometraje;

d) Los impuestos que gravan los espectáculos públicos.

3. La Resolución número 3040 de 1984 (junio 6) "Por la cual se fijan los precios de admisión a las salas de cine del país", expedida por el Ministerio de Comunicaciones, señala en sus artículos 1º, 2º y 3º:

"*Artículo 1º* Autorizar los siguientes precios máximos de admisión para las salas de exhibición cinematográfica, clasificadas por el Ministerio de Comunicaciones, así:

Salas Especiales	tarifa	$ 100.oo
Primera (1ª) Categoría	tarifa	75.oo
Segunda (2ª) Categoría	tarifa	55.oo
Tercera (3ª) Categoría	tarifa	55.oo
Categoría Municipal	tarifa	47.oo

Parágrafo 1º El incumplimiento de los requisitos previstos en la Resolución número 2600 de 1983, que no se refieran a medidas sanitarias, por parte de los teatros clasificados, dará lugar a que el Ministerio de Comunicaciones rebaje el valor de los precios de admisión en un 20%, hasta tanto se dé cumplimiento a las normas en referencia.

Parágrafo 2º Las salas especiales y las clasificadas como de primera (1ª) Categoría están obligadas a presentar diariamente una función nocturna de lunes a viernes, en el horario habitual que se inicia aproximadamente entre las ocho (8:00) y las nueve (9:00) de la noche, a un precio de sesenta pesos ($ 60.oo).

Artículo 2º Para que en las salas de exhibición cinematográfica clasificadas por el Ministerio de Comunicaciones, como Salas Especiales, de Primera (1ª) o Segunda (2ª) Categoría puedan hacer efectivos los precios máximos de admisión establecidos en el artículo precedente, deberán encontrarse en paz y salvo con la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE. En caso contrario, únicamente podrán cobrar los precios que regían con anterioridad a la presente resolución.

Artículo 3º Esta resolución rige desde la fecha de su expedición y deroga el artículo 12 y los literales c) y d) del artículo 21 de la Resolución número 2600 de 1983 y demás disposiciones que sean contrarias".

4. El artículo 15 de la Ley 55 de 1985 (junio 18) prescribe:

"Para el fomento y desarrollo de la industria de cinematografía colombiana, créase un gravamen del dieciséis por ciento (16%) del valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, *el cual se cobrará a partir de la vigencia de la presente ley.*

Ocho y medio puntos (8.5) de estos dieciséis (16) ingresarán a cuenta especial denominada Fondo de Fomento Cinematográfico, la cuala será administrada por la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE, en los términos que señale el Gobierno.

La porción que se reasigna de los ingresos del Fondo se utilizará exclusivamente para el financiamiento de programas culturales y artísticos.

Los siete y medio puntos (7.5) restantes del gravamen se destinarán al productor, al distribuidor y al exhibidor de cortometrajes nacionales, en la proporción y condiciones que determine el Gobierno.

Cuando las salas de exhibición cinematográfica presenten largometrajes colombianos, el gravamen se causará en su totalidad en beneficio del producto de los mismos.

Parágrafo: Al Fondo que por esta ley se crea ingresarán los recursos del actual Fondo de Fomento Cinematográfico que administra la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE".

(El subrayado es nuestro).

5. El artículo 5º del Decreto 2732 de 1985 (septiembre 13), reglamentario del artículo 15 de la Ley 55 de 1985, dispone:

"Las salas de exhibición cinematográfica deberán trasladar a la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, dentro del mes siguiente a su recaudo, la totalidad del gravamen establecido en el artículo 15 de la Ley 55 de 1985.

Para tal efecto, deberán acompañar al comprobante de pago las planillas a que se refiere el artículo 24 del presente Decreto".

6. Toda vez que los ingresos generados por concepto del gravamen creado por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985 no fueron incluidos en el presupuesto de rentas e ingresos de la Nación para la vigencia de 1985, la señora Ministra de Comunicaciones formuló consulta a la Subdirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y ésta, en comunicación de junio de 1986, expresó:

"Me refiero a su Oficio 0121 mediante el cual solicita tomar medidas tendientes a subsanar la situación originada por el recaudo del gravamen creado por la Ley 55 de 1985 en su artículo 15.

Si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 206 de la Constitución Política, no se pueden percibir impuestos que no figuren en el Presupuesto de Rentas de la Nación, en el presente caso el sujeto pasivo del impuesto creado por el artículo 15 de la mencionada ley es el espectador que ingresa a las salas de cine, por lo cual el gravamen ya fue percibido por haberlo cobrado los exhibidores, a partir de la fecha de la sanción de la ley que creó el impuesto. Los correspondientes recursos son en consecuencia, ingresos tributarios que forman parte del Tesoro Público por disposición del artículo 64 de la Carta Constitucional.

De otra parte, en desarrollo del artículo 15 de la Ley 55 de 1985, los recursos allí referidos deberán incorporarse al Presupuesto Nacional con carácter de destinación especial para FOCINE, razón por la cual le ruego solicitar a FOCINE ponerse en contacto con el doctor Héctor Cadena, Subdirector de Programación Presupuestal, con el fin de proceder de conformidad.

Finalmente, al no existir ninguna disposición legal que autorice a dichos exhibidores para retener sumas pertenecientes al Tesoro Público, esta situación que han generado los exhibidores es abiertamente ilegal, por lo cual le ruego muy comedidamente a la señora Ministra que se sirva ordenar a quien corresponda imparta las instrucciones precisas para que los exhibidores pongan de inmediato a disposición de la Tesorería General de la República la totalidad de los recursos recibidos por concepto de lo dispuesto en el artículo citado de la Ley 55 de 1985".

7. Con base en el concepto expresado en el punto anterior, el Ministerio de Comunicaciones solicitó a las salas de exhibición cinematográfica cancelar a la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, el valor del gravamen percibido de los espectadores durante el período de junio a diciembre de 1985 y la casi totalidad de ellas se han negado sistemáticamente a hacerlo con el doble argumento de que dichos ingresos no fueron incluidos en el Presupuesto de Rentas e Ingresos de la Nación (art. 206, Constitución Política) y que de conformidad con la Resolución número 3040 de 1984, expedida por el Ministerio de Comunicaciones, ellas estaban autorizadas a cobrar un precio máximo de admisión, indepen-

diente de incluir o no el gravamen creado por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985.

8. Frente a la situación planteada por las salas de exhibición cinematográficas en el punto anterior, el Ministerio de Comunicaciones ha insistido en la entrega a la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, de los valores percibidos por aquellas por concepto del gravamen creado por la Ley 55 de 1985 en su artículo 15, con base en los siguientes argumentos:

1º Que el valor del gravamen se causó y fue percibido por ellos del público espectador que ingresó a las salas de exhibición cinematográfica a partir del momento de la vigencia de la Ley 55 de 1985.

2º Toda vez que las salas de exhibición cinematográficas percibieron el valor del gravamen, están en la obligación de entregarlo a la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 2732 de 1985.

9. Por último por medio de la Ley 66 del 24 de noviembre de 1986, el Congreso Nacional abrió un crédito adicional en el Presupuesto de Gastos de la vigencia fiscal de 1986 por ciento ochenta y cinco millones de pesos ($ 185.000.000.oo), para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica a través de FOCINE (Ley 55 de 1985), con la precisa indicación de que se trata de recursos de la vigencia fiscal de 1985. De esta manera se subsana la no inclusión inicial en el Presupuesto de Rentas de 1985, del mencionado gravamen de fomento.

Con fundamento en lo anterior, se consulta a esa honorable Sala: Existen fundamentos constitucionales y legales valederos y de ser así cuáles serían éstos para que el Ministerio de Comunicaciones y la Compañía Cinematográfico —FOCINE—, recaben de las salas de exhibición cinematográfica la entrega del gravamen para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica percibido por éstas de los espectadores durante 1985?

La Sala considera y responde:

De los términos en que la consulta ha sido elevada, la Sala entiende que el problema central radica en determinar, de una parte, si el impuesto creado por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985 es exigible desde la vigencia de dicha ley y de otra, qué instrumentos jurídicos y de orden legal asisten a la Empresa de Fomento Cinematográfico —FOCINE— para obtener de las salas de exhibición cinematográfica el gravamen citado, recaudado por éstas durante el segundo semestre de 1985.

Exigibilidad y recaudo del impuesto creado por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985

La norma en mención creó un impuesto del dieciséis por ciento (16%) del valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica con el objeto de dedicar su producido al fomento y desarrollo de la industria cinematográfica, haciéndolo exigible a partir de la vigencia de la ley.

Prescribe textualmente la disposición:

"Para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana créase un gravamen del (16%) del valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, *el cual se cobrará a partir de la vigencia de la presente ley.*

"Ocho y medio puntos (8.5) de estos 16 ingresarán a una cuenta especial denominada Fondo de Fomento Cinematográfico, la cual será administrada por la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE, en los términos que señale el Gobierno. La porción que se reasigna de los ingresos del Fondo se utilizará exclusivamente para el financiamiento de programas culturales y artísticos.

"Los siete y medio puntos (7.5) restantes del gravamen se destinarán al productor, al distribuidor y al exhibidor de cortometrajes nacionales, en la proporción y condiciones que determine el Gobierno.

"Cuando las salas de exhibición cinematográfica presente largometrajes colombianos, el gravamen se causará en su totalidad en beneficio del productor de los mismos.

"*Parágrafo.* Al fondo que por esta ley se crea ingresarán los recursos del actual Fondo de Fomento Cinematográfico que administra la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE" (Subrayas de la Sala).

En primer lugar es necesario señalar que los incisos 3º y 4º del artículo transcrito fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de once (11) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), expediente número 1453. Así las cosas, si bien el primer inciso del artículo 15 de la Ley 55 de 1985 señala en un dieciséis por ciento el valor del gravamen, los incisos segundo y tercero establecían la forma como había de distribuirse, de tal manera que al ser declarados inexequibles desapareció en una parte la destinación específica que la ley daba al tributo, subsistiendo no obstante, el gravamen en su totalidad.

Sin embargo el valor de los recaudos a que se referían los incisos declarados inexequibles, no entran directamente a FOCINE por cuanto esta entidad administradora del gravamen que es una empresa industrial y comercial del Estado no contempla dentro de su patrimonio tal ingreso y tampoco puede ingresar directamente al Fondo de Fomento Cinematográfico por cuanto la ley no lo establece.

Así las cosas, los recaudos a que se ha hecho mención, como ingresos nacionales que son, sólo pueden ingresar a la Tesorería General de la República pero afectados al fomento de la industrai cinematográfica, a través del Fondo de Fomento Cinematográfico administrado por FOCINE.

En relación con el recaudo si bien es cierto que el artículo 206 de la Constitución Nacional prescribe que en tiempo de paz no se puede percibir contribución o impuesto que no figure en el Presupuesto de Rentas, esto aparentemente habría sido obviado por la Ley 66 de 1986

que estableció adiciones al presupuesto de rentas y para la vigencia fiscal de 1986, que permitiría percibir el impuesto en la cuantía y término a que se ha hecho mención atrás.

Sin embargo existe un problema en cuanto al recaudo. Si bien la ley crea el gravamen del (16%) y señala como fecha a partir de la cual ha de cobrarse, la de vigencia de la ley —que según el artículo 64 es la de su sanción—, el gravamen recae sobre *el valor neto de ingreso* a las salas de exhibición cinematográfica. Es pues, un gravamen a pagar por el espectador que ingresa a la sala de cine; pero, la ley no señala que ha de entenderse por *valor neto* de la boleta de ingreso para efectos de determinar el valor exacto a recaudar. En la consulta se citan algunas resoluciones del Ministerio de Comunicaciones en las que se señala el valor máximo a cobrar por las salas de cine de acuerdo con la clasificación que detenten, más no se habla sobre qué se entiende por valor neto de la boleta de ingreso a la sala de cine. Sólo el Decreto 2732 de 23 de septiembre de 1985, reglamentario del artículo 15 de la Ley 55 de 1985 en su artículo 1º vino a establecer lo que ha de entenderse por valor neto de la boleta de admisión a las salas de exhibición cinematográfica, como el que "resulte de restar al precio que se cobre al público en taquilla los impuestos nacionales y municipales que gravan los espectáculos públicos, el cual estará integrado de la siguiente forma ...". Así las cosas, aunque la vigencia del Decreto reglamentario 2732 de 1985 es posterior a la ley, la Sala estima que el impuesto está vigente desde que entró a regir la Ley 55 de 1985, porque ella expresamente así lo dispone.

El cobro del gravamen

Conforme al Decreto reglamentario 2732 de 1985 los recaudadores del gravamen establecido en la Ley 55 de 1985, que no son otros que las salas de exhibición cinematográfica, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto en mención, están en la obligación de enviar a la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, el valor del gravamen dentro del mes siguiente a su recaudo. Para el debido control del recaudo, las salas de exhibición deberán utilizar las planillas que al efecto establezca el Ministerio de Comunicaciones quien a su vez está autorizado por el artículo 23 de la norma citada para señalar los sistemas de registro y control de ingreso de espectadores con el objeto de garantizar el recaudo efectivo del gravamen. El incumplimiento de las obligaciones en cuanto al recaudo y entrega de lo recaudado son sancionadas por el Ministerio de Comunicaciones mediante el sistema de multas y suspensiones temporales o definitivas de las salas de exhibición cinematográfica.

Ahora bien, la Ley 20 de 1975 en su artículo 2º señala como función del Contralor General de la República la de ejercer vigilancia y control fiscal sobre las entidades o personas que a cualquier título *reciban*, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación con el fin de garantizar al Estado su conservación y adecuado rendimiento. En concordancia con esta norma, el artículo 19 de la misma ley señala como obligación del Contralor, poner en conocimiento de la autoridad competente para que adelante su cobro por la vía judicial, cuando alguna entidad o persona se encuentre en mora de cubrir a la Nación las sumas de dinero que le adeude.

En el presente caso es claro que el gravamen establecido en la Ley 55 de 1985, es un ingreso que tiene que percibirse por la Tesorería General de la República pero afectados a una destinación específica cual es el fomento de la industria cinematográfica a través del Fondo de Fomento Cinematográfico administrado por FOCINE. Así las cosas, al funcionario competente corresponde adelantar el cobro de las sumas adeudadas por la vía judicial correspondiente con base en la petición elevada por el Contralor General de la República. En concepto de la Sala el funcionario competente sería la División de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería General de la República, conforme lo establece el artículo 10 del Decreto-ley 078 de 1976.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA FOMENTO Y DESARROLLO. GRAVAMEN ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 15 DE LA LEY 55 DE 1985.—

La ley no ha previsto exención alguna en relación a este gravamen, el cual debe ser pagado por los espectadores que ingresen a la exhibición cinematográfica, a tal gravamen, no le son aplicables exenciones de impuestos nacionales para espectáculos públicos establecidos por normas anteriores a su vigencia.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Consulta sobre aplicación del artículo 15 de la Ley 55 de 1985. Radicación número 099.

El señor Ministro de Comunicaciones ha formulado la siguiente consulta:

"Señores Magistrados:

De conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Constitución Nacional y en el artículo 98 del Decreto número 01 de 1984, me permito formular a esa honorable Corporación la consulta cuyos términos consigno a continuación:

1. El artículo 7º, numeral 1º de la Ley 12 de 1932 dispone:
'Con el objeto de atender al servicio de los bonos del empréstito patriótico que emita el Gobierno establécense los siguientes gravámenes:

1º Un impuesto del diez por ciento sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase, y por cada boleta o tiquete de apusta en toda clase de juegos permitidos, o de cualquier otro sistema de repartición de sorteos...'.

2. El artículo 5º de la Ley 49 de 1967 por su parte señala:

'El recargo del diez por ciento sobre el valor de cada boleta de entrada a los espectáculos públicos, establecido por el artículo 8º de la Ley 1ª de 1967, continuará cobrándose en el territorio del Valle del Cauca durante los años de 1968 a 1972, inclusive, y su producto total se destinará a la preparación de los deportistas y a la realización de los VI Juegos Panamericanos...'.

3. El artículo 9º de la Ley 30 de 1971 establece:

"El impuesto de que trata el artículo 5º de la Ley 49 de 1967, hecho extensivo a todo el territorio nacional en desarrollo del artículo 4º de la Ley 47 de 1968, continuará cobrándose indefinidamente con posterioridad al 31 de diciembre de 1972'.

4. Con la expedición de la Ley 9ª de 1942 y con el objeto de fomentar la industria cinematográfica el Gobierno quedó autorizado para proceder a tomar las medidas conducentes, de conformidad con las normas generales de la referida ley, al fomento de la industria cinematográfica colombiana.

5. De la misma manera y con el mismo objetivo el artículo 5º de la Ley 9ª de 1942 dispuso:

'El Gobierno queda autorizado también para eximir, eximir, (sic), en todo o en parte, a los teatros o empresas que exhiban este material, del pago de los impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos'.

6. Fue en desarrollo de la Ley 9ª de 1942 que se expidió el Decreto número 2288 de 1977 que en su artículo 17 dice:

'De conformidad con la autorización conferida al Gobierno por el artículo 5º de la Ley 9ª de 1947 la exhibición de producciones cinematográficas colombianas de largometraje queda exenta del pago de impuestos de carácter nacional que gravan los espectáculos públicos.

Para la exhibición de producciones cinematográficas colombianas de cortometraje los impuestos nacionales se reducirán en un veinticinco por ciento.

El valor de las exenciones a que se refiere este artículo, se liquidará sobre la totalidad del precio de la boleta de admisión a la sala de exhibición cinematográfica, y le corresponde, según lo dispuesto por la Ley 9ª de 1942 a los teatros o empresas distribuidoras'.

7. Con posterioridad al Decreto 2288 de 1977 y en desarrollo de la Ley 9ª de 1942 se expidió el Decreto 1676 de 1984 que en su artículo 1º estableció:

'Para la exhibición de producciones cinematográficas colombianas de cortometraje, los impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos, de que tratan los artículos 7º, numeral 1º de la Ley 12 de 1932 y 9º de la Ley 30 de 1971, se reducirán en un treinta y cinco por ciento (35%).

El valor de la exención a que se refiere este artículo, se constituirá en beneficio del exhibidor y se liquidará sobre la totalidad del precio de la boleta de admisión, a la sala de exhibición cinematográfica'.

8. El artículo 15 de la Ley 55 de 1985 creó para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana un gravamen del dieciséis por ciento (16%) del valor de la boleta de ingreso

a las salas de exhibición cinematográfica, el cual se cobraría a partir de la vigencia de la mencionada ley.

Ocho y medio (8.5) puntos de estos dieciséis (16) dispuso la ley, ingresarán a una cuenta especial denominada Fondo de Fomento Cinematográfico, cuya administración corresponde a la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE. Los siete y medio (7.5) puntos restantes del gravamen deberían ser destinados al productor, al distribuidor y al exhibidor de cortometrajes nacionales en la proporción y condiciones que determinara el Gobierno Nacional. Se dispuso que cuando las salas de exhibición cinematográfica presentaren largometrajes colombianos el gravamen se causaría en su totalidad en beneficio del productor de los mismos.

9. Con el fin de reglamentar la norma citada en el punto anterior se expidió el Decreto 2732 de 1985 que en su artículo 5º dispuso:

'Las salas de exhibición cinematográfica deberán trasladar a la Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE— dentro del mes siguiente a su recaudo, la totalidad del gravamen establecido en el artículo 15 de la Ley 55 de 1985. Para tal efecto, deberán acompañar al comprobante de pago las planillas a que se refiere el artículo 24 del presente Decreto'.

10. La honorable Corte Suprema de Justicia por sentencia proferida el 11 de septiembre de 1986, declaró la inexequibilidad de los incisos 3 y 4 del artículo 15 de 1985, mediante los cuales se asignaban siete y medio (7.5) puntos al productor, distribuidor y exhibidor de cortometrajes nacionales y la totalidad del mismo en beneficio del productor de largometrajes colombianos.

11. A partir de la creación del gravamen del dieciséis por ciento (16%) establecido por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985 algunas salas de exhibición cinematográfica vienen deduciendo un treinta y cinco por ciento (35%) con el argumento de que por ser el cine un espectáculo público están amparadas por la exención de impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos establecidos por el artículo 1º del Decreto 1676 de 1984.

12. Frente a la situación planteada en el punto anterior, el Ministerio de Comunicaciones ha insistido en el pago de la totalidad del gravamen del dieciséis por ciento (16%), con base en los siguientes argumentos:

a) Que la ley tributaria es de interpretación restrictiva y de aplicación literal;

b) Que con fundamento en la Ley 9ª de 1942 el Gobierno Nacional determinó expresamente que la exención del treinta y cinco por ciento (35%) sobre los impuestos que gravan los espectáculos públicos se refieren a los tributos de que tratan los artículos 7 numeral 1º de la Ley 12 de 1932 y 9 de la Ley 30 de 1971;

c) Que el artículo 5º del Decreto 2732 de 1985 determina que las salas de exhibición cinematográfica deberán trasladar a la

Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE— la totalidad del gravamen del dieciséis por ciento (16%) creado por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985;

d) Que el artículo 15 de la Ley 55 de 1985 es norma posterior, clara y especial y en ella no se consagra exención alguna del impuesto que crea.

Con fundamento en lo anterior, se consulta a esa honorable Sala:

1. Es procedente, o no, predicar del gravamen establecido por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985 exención alguna de los impuestos nacionales que gravan espectáculos públicos?

2. Quiénes son los sujetos pasivos de la obligación tributaria establecida por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985: La (sic) salas de exhibición cinematográfica o los espectadores que concurren al espectáculo?

De los señores Magistrados con toda atención.

(Fdo.) *Edmundo López Gómez.* Ministro de Comunicaciones".

La Sala considera y responde:

La Ley 55 de 1985, por medio de la cual se dictaron "normas tendientes al ordenamiento de las finanzas del Estado" y otras disposiciones, en su artículo 15 —que hace parte del capítulo denominado "De las Rentas de Destinación Especial"— estableció lo siguiente:

"Artículo 15. Para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana, créase un gravamen del 16% del valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica, el cual se cobrará a partir de la vigencia de la presente ley.

Ocho y medio puntos (8.5) de estos 16 ingresarán a una cuenta especial denominada Fondo Cinematográfico la cual será administrada por la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE, en los términos que señale el Gobierno. La porción que se reasigna de los ingresos del Fondo se utilizará exclusivamente para el financiamiento de programas culturales y artísticos.

Los siete y medio puntos (7.5) restantes del gravamen se destinarán al productor, al distribuidor y al exhibidor de cortometrajes nacionales, en la proporción y condiciones que determine el Gobierno.

Cuando las salas de exhibición cinematográficas presenten largometrajes colombianos, el gravamen se causará en su totalidad en beneficio del productor de los mismos.

Parágrafo: Al Fondo que por esta ley se crea ingresarán los recursos del actual Fondo de Fomento Cinematográfico que administra la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE".

Contra la norma acabada de transcribir se presentó una demanda de inexequibilidad y la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11

de septiembre de 1986, declaró inexequibles los incisos 3º y 4º y exequible el resto del artículo. Dijo la Corte en tal providencia:

"El inciso 3º de la misma disposición, destina los siete y medio puntos (7.5) restantes, al productor, distribuidor y exhibidor de cortometrajes nacionales, y el inciso 4º, preveé (sic) que en el evento de que las salas de exhibición cinematográficas presenten largometrajes colombianos, el gravámen (sic) se causará en su totalidad en beneficio del productor de los mismos. La Corte al considerar que los impuestos solamente pueden beneficiar al patrimonio del Estado o de entidades que en su nombre presten servicios a la comunidad, concluye que lo establecido en los incisos 3º y 4º del artículo 15 de la Ley 55, son meras liberalidades del legislador. Y si esto de (sic) fortalece con lo sostenido anteriormente sobre las rentas de destinación especial y sobre la imposibilidad de que los particulares reciban sin causa derivado del servicio público, rentas del Estado, se debe concluir que dichos incisos contienen una gratificación.

2.2.6. Las gratificaciones son prohibición taxativa que el Constituyente le ha impuesto al Congreso para otorgarlas a cualquier persona o entidad, en el artículo 78, ordinal 5º de la Carta. Como las rentas destinadas en los incisos 3º y 4º del artículo 15 de la Ley 55 de 1985, son una gratificación según quedó expuesto, la Corte los considera inexequibles".

Y más adelante precisó la Corte que la parte del gravamen a la cual se referían los mencionados incisos 3º y 4º, los cuales en virtud de la sentencia dejan de aplicarse, debe destinarse "al fomento y desarrollo de la industria cinematográfica" para respetar el objeto señalado en el inciso 1º.

Ahora bien, el señor Ministro de Comunicaciones pregunta si es aplicable el gravamen establecido en el artículo 15 de la Ley 55 de 1985, alguna de las exenciones establecidas en relación al pago de impuestos nacionales que gravan espectáculos públicos.

Veamos:

La Ley 9ª de 1942 había dispuesto en su artículo 1º, lo siguiente:

"Autorízase al Gobierno Nacional para que proceda a tomar las medidas conducentes, de conformidad con las normas generales de la presente ley, al fomento de la industria cinematográfica colombiana".

Y en su artículo 5º, la misma ley había autorizado al Gobierno para eximir, en todo o en parte, a los teatros o empresas que exhibieren cine colombiano, del pago de los impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos.

En ejercicio de las facultades anteriores, el Presidente de la República había dictado el Decreto 2288 de 1977, reglamentario de la Ley 9ª de 1942, Decreto que en su artículo 17 había dicho:

"De conformidad con la autorización conferida al Gobierno por el artículo 5º de la Ley 9ª de 1942, la exhibición de produccio-

nes cinematográficas colombianas de largometraje queda exenta del pago de impuestos de carácter nacional que gravan los espectáculos públicos.

Para la exhibición de producciones cinematográficas colombianas de cortometraje los impuestos nacionales se reducirán en un veinticinco por ciento.

El valor de las exenciones a que se refiere este artículo se liquidará sobre la totalidad del precio de la boleta de admisión a la sala de exhibición cinematográfica, y le corresponde, según lo dispuesto por la Ley 9ª de 1942, a los teatros o empresas distribuidoras".

Es conveniente hacer notar que el mismo Decreto 2288 de 1977 había dicho en su artículo 1º que por producción cinematográfica colombiana de largometraje, se entiende

"la realizada en idioma español, dentro o fuera del territorio nacional, con una duración mínima de setenta minutos, por empresas cinematográficas colombianas, y por el sistema de coproducción entre empresas colombianas y extranjeras, siempre que en este último caso, se emplee en su realización por lo menos un setenta y ciento de personal directivo, técnico y artístico colombiano y la participación económica nacional sea por lo menos del cincuenta y uno por ciento";

y en su artículo 2º había agregado que por producción cinematográfica colombiana de cortometraje, se entiende la realizada en idioma español, dentro o fuera del territorio nacional, con una duración máxima de veinte minutos y exclusivamente por empresas cinematográficas colombianas.

Más adelante, el Decreto 1676 de 1984, invocando también las facultades dadas al Presidente por la Ley 9ª de 1942, dispuso que para la exhibición de producciones cinematográficas colombianas de cortometraje los impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos de conformidad con los artículos 7º, numeral 1º de la Ley 12 de 1932 y 9º de la Ley 30 de 1971, se reducirán en un 35%.

Es de advertir que los gravámenes previstos en las dos normas acabadas de citar son sumamente concretos: La primera se refiere al impuesto del 10% sobre el valor de entrada a los espectáculos públicos, que el artículo 3º de la Ley 33 de 1968 cedió a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá; y la segunda al impuesto del 10% sobre el valor de cada boleta de entrada a los mismos espectáculos, previsto como temporal en las Leyes 49 de 1967 (art. 5º) y 47 de 1968 (art. 4º) y convertido en permanente por la Ley 30 de 1971 art. 9), impuesto destinado al fomento del deporte, a la preparación de deportistas, a las construcciones de instalaciones deportivas y a la adquisición de equipos e implementos para tal actividad.

Así pues, la exención del 35% establecida en el Decreto 1676 de 1984 se refiere solamente a los dos gravámenes acabados de mencionar.

Pues bien, posteriormente se dictó la Ley 55 de 1985 y en su artículo 15 se creó el gravamen al cual se refiere la consulta; dicho gra-

vamen, que es un verdadero impuesto indirecto que debe ser pagado por los espectadores que ingresan a las salas de cine (pues son éstos quienes pagan el valor de la boleta), es diferente de los gravámenes que existían hasta el momento en relación a esta materia. El legislador lo estableció con el objeto de arbitrar recursos "para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana" y confió la administración de dichos recursos a la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE.

La norma comentada, que por ser posterior y especial (en cuanto grava sólo el ingreso a las salas de cine) prima sobre la Ley 9ª de 1942 y sus Decretos reglamentarios (entre ellos el 2288 de 1977) y no establece ningún tipo de exención para la exhibición de películas colombianas, ya sean éstas de largo o corto metraje; dicha exhibición está indudablemente incluida dentro del objeto del gravamen: El artículo 15 de la Ley 55 de 1985 grava con el 16% el valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica y no prevé exención de ninguna naturaleza.

Es decir, que la Ley 55 de 1985 derogó las exenciones contempladas en el artículo 17 del Decreto 2288 de 1977, en cuanto se refiere al ingreso a las salas de cine.

Ciertamente el legislador pretendió dar un tratamiento especial a la exhibición de películas colombianas y de ahí los mecanismos establecidos en los incisos 3º y 4º, que resultaron a la postre inexequibles, pero de todas formas, tal exhibición quedó gravada con el 16%, al igual que la de cualquiera otra clase de filmes.

Sólo que, en razón de la declaratoria de inexequibilidad, ya no se aplicarán los incisos 3º y 4º y de conformidad con lo dicho por la Corte en sentencida de 11 de septiembre de 1986, los valores provenientes del impuesto no se entregarán a los productores, distribuidores o exhibidores de películas colombianas. Dichos recaudos, como producto que son de un impuesto nacional deben ingresar a la Tesorería General de la República, aunque con la destinación específica de fomento de la industria cinematográfica nacional, a través del Fondo de Fomento Cinematográfico administrado por FOCINE. En esta forma se cumplirá la finalidad para la cual fue creado el gravamen.

Las anteriores consideraciones permiten a la Sala responder al señor Ministro de Comunicaciones diciendo que la ley no ha previsto exención alguna en relación al gravamen establecido en el artículo 15 de la Ley 55 de 1985; y que a dicho gravamen, el cual debe ser pagado por los espectadores que ingresen a la exhibición cinematográfica, no le son aplicables exenciones de impuestos nacionales para espectáculos públicos establecidas por normas anteriores a su vigencia.

En estos términos se deja absuelta la consulta.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

ALCALDES. ELECCION POPULAR. CONCEJALES.—

Elegidos en marzo de 1986, cuyo período termina el 31 de julio de 1988, solamente pueden aspirar a ser elegidos alcaldes en las elecciones de marzo de 1988, en el caso de que hubieren renunciado a su investidura de Concejales y tal renuncia les hubiere sido aceptada un año antes de la fecha prevista para las elecciones de Alcaldes.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Consulta sobre inhabilidades de acuerdo al Acto legislativo número 1 de 1986 y a la Ley 78 de 1986. Radicación número 107.

El señor Ministro de Gobierno ha formulado la siguiente consulta:

"Señor Presidente:

De manera atenta someto a consideración de la Sala que usted preside la siguiente consulta relacionada con las inhabilidades que de acuerdo al Acto legislativo número 1 de 1986 y a la Ley 78 del mismo año, se establecen para los ciudadanos que aspiren ser elegidos Alcaldes.

Tanto el Acto legislativo como la ley citados, establecen entre otras prohibiciones, que nadie podrá ser elegido simultáneamente Alcalde y Concejal.

Concretamente en el caso de los Concejales elegidos en 1986, y que sólo aspiren a ser elegidos Alcaldes en 1988, no encontramos que exista ninguna inhabilidad, de acuerdo con las normas citadas.

No obstante, han surgido dudas, no respecto de la elección sino del ejercicio del cargo como Alcaldes, para aquellos Concejales que salgan elegidos por el respectivo municipio, en atención a que tendrían que ejercer el cargo de Alcaldes a partir del 1º de junio de 1988 y mantendrían la doble calidad de Concejales y Alcaldes durante los meses de junio y julio, ya que su período como ediles termina el 31 de julio de 1988.

En cuanto a la prohibición del artículo 87 del Código de Régimen Municipal, sobre cuya aplicación conceptó (sic) el Consejo de Estado, con fecha 19 de diciembre de 1986, en el sentido de que los Gobernadores no pueden nombrar a los Concejales como Alcaldes del municipio por el cual resultaron elegidos, mientras

los Gobernadores conserven tal facultad y los Concejales su investidura, se ha considerado que ésta se aplica respecto de los nombramientos de Alcaldes que hagan los Gobernadores, y no a la elección que provenga de una elección popular. En otras palabras, en el caso de que un Concejal elegido en 1986, cuyo período termina el 31 de julio de 1988, saliera electo en marzo de 1988 como Alcalde, al posesionarse el 1º de junio del mismo año, simplemente se produciría vacancia del cargo como Concejal de ese municipio, en cumplimiento a lo previsto por el artículo 75 del Código de Régimen Municipal.

Con fundamento en las normas citadas el Gobierno consulta a esa honorable Sala:

1. Los Concejales elegidos en marzo de 1986, cuyo período termina el 31 de julio de 1988, pueden aspirar válidamente a ser elegidos Alcaldes en las elecciones de marzo de 1988?

2. Si resultaren elegidos Alcaldes del municipio por el cual todavía conservan la calidad de Concejales hasta el 31 de julio de 1988, pueden entrar a ejercer el cargo de Alcaldes el 1º de junio de ese mismo año?

Del señor Presidente y de los honorables Consejeros, con sentimientos de consideración.

(Fdo.) *Fernando Cepeda Ulloa.* Ministro de Gobierno".

La Sala considera y responde:

Sobre este mismo tema, en respuesta a consulta formulada también por el señor Ministro de Gobierno, dijo la Sala, por mayoría, en concepto fechado el 11 de marzo del corriente año, lo siguiente:

"De conformidad con lo anteriormente analizado, las incompatibilidades e inhabilidades establecidas para los Concejales se mantendrán, en caso de renuncia, por un año después de la aceptación de la misma. De modo que si los Concejales, ya sean principales o suplentes renuncian a su investidura, sólo podrán ser nombrados en el cargo de Alcalde (o elegidos como tales a partir de marzo de 1988) o nombrados en otros cargos diferentes a los de Secretario de Alcaldía o Gerente de entidad descentralizada municipal, cuando se haya cumplido un año contado a partir de la aceptación de la renuncia.

"Por lo tanto, los actuales Concejales, esto es aquellos que fueron elegidos en marzo de 1986 y cuyo período termina el 31 de julio de 1988 (según lo dispone el parágrafo del artículo 85), no podrán ser elegidos en las elecciones que habrán de llevarse a cabo el segundo domingo de marzo de 1988, a menos que hubieren renunciado a su investidura de Concejales y tal renuncia les hubiere sido aceptada antes del segundo domingo de marzo de 1987".

Ante las cuestiones planteadas en la presente consulta, la Sala reafirma su anterior concepto radicación 095 y expresa además las consideraciones que se exponen a continuación:

El Acto legislativo número 1 de 1986, mediante el cual se reformó la Constitución Nacional introdujo una significativa innovación en nuestra organización política: Hizo que el cargo de Alcalde municipal, el cual hasta entonces había sido de libre nombración y remoción del Gobernador (o del Presidente de la República, en el caso del Distrito Especial de Bogotá), pasará a ser de elección directa por parte de todos los ciudadanos. Según el artículo 3º del mencionado Acto legislativo, que reformó el artículo 201 de la Constitución, los Alcaldes serán elegidos por el voto de los ciudadanos, para períodos de dos años y la primera de dichas elecciones tendrá lugar el segundo domingo de marzo de 1988. La norma establece así mismo que nadie podrá ser elegido simultáneamente Alcalde y Concejal.

La Ley 78 de 1986, que desarrolla parcialmente el Acto legislativo número 1, acabado de mencionar, dispone en su artículo 5º que no podrá ser elegido ni designado Alcalde quien simultáneamente sea elegido Concejal.

Por su parte, la Ley 11 de 1986, en sus artículos 54, 57 y 58 establece inhabilidades e incompatibilidades para los Concejales y específicamente en el artículo 58 dice que aquellas rigen desde el momento de la elección del Concejal hasta el vencimiento del período respectivo y que, en caso de renuncia, se mantendrán por un año después de su aceptación, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período.

Las anteriores normas constitucionales y legales son recogidas en el Código de Régimen Municipal Decreto-ley 1333 de 1986, dictado, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 11 del mismo año, para codificar la legislación relativa al municipio.

En el artículo 129 de dicho Código se repite la norma de que nadie podrá ser elegido simultáneamente Alcalde y Concejal y en el artículo 91 se reitera la disposición de que las incompatibilidades establecidas para los Concejales rigen desde el momento de su elección hasta el vencimiento del período respectivo.

A través de toda la anterior normatividad se capta la manifiesta voluntad del legislador de buscar que las elecciones municipales estén rodeadas de la máxima pulcritud y que la voluntad de los ciudadanos, manifestada en las urnas al elegir a sus Alcaldes, no se vea interferida o desvirtuada por influencias o presiones que pudieran ejercer ciertas personas en razón del cargo que ocupan; como en la vida municipal el Concejal es una persona de señalada importancia, con innegable influencia en la administración del municipio, de sus establecimientos públicos, de sus empresas, etc., la ley ha puesto especial énfasis en su régimen de inhabilidades e incompatibilidades y ha querido que la inhabilidad de un Concejal para aspirar al cargo de Alcalde sólo cese al final de su período, o, en caso de renuncia, un año después de aceptada ésta si faltare un lapso mayor para su vencimiento.

Para la Sala es evidente que la Constitución y la ley han querido que ningún ciudadano pueda tener simultáneamente la investidura de Concejal y la de Alcalde. Al prohibir, tanto el artículo 201 de la Constitución, como el artículo 5º de la Ley 78 de 1986, como el artículo 129 del Código de Régimen Municipal, que alguien pueda ser elegido

simultáneamente Alcalde y Concejal, no se están refiriendo tales normas solamente a la doble elección aisladamente considerada, sino que están buscando precisamente impedir sus efectos, es decir que ese alguien tenga al mismo tiempo las dos investiduras. Tanto es así, que si de hecho un ciudadano resulta elegido Concejal y Alcalde simultáneamente, ambas elecciones quedan viciadas de nulidad. Mal podría entonces admitirse que un Concejal cuyo período terminará el 31 de julio de 1988 fuera elegido Alcalde en las elecciones de marzo de dicho año y durante varios meses tuviera tanto la investidura de Alcalde como la de Concejal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, como las inhabilidades e incompatibilidades de los Concejales se mantienen hasta el vencimiento de su período o por un año después de la aceptación de su renuncia, si faltare un lapso mayor para tal vencimiento, un Concejal elegido en 1986 y que conserve su investidura al efectuarse las elecciones de Alcaldes en marzo de 1988, no puede aspirar a ser elegido válidamente Alcalde, pues su calidad de Concejal lo inhabilita para tal efecto.

El precedente razonamiento permite a la Sala dar a la actual consulta las siguientes respuestas:

1. Los Concejales elegidos en marzo de 1986, cuyo período termina el 31 de julio de 1988, solamente pueden aspirar a ser elegidos Alcaldes en las elecciones de marzo de 1988, en el caso de que hubieran renunciado a su investidura de Concejales y tal renuncia les hubiera sido aceptada un año antes de la fecha prevista para las elecciones de alcaldes.

2. Si de hecho resultara elegido como Alcalde, en marzo de 1988, un ciudadano que en ese momento tuviera la calidad de Concejal, su elección sería nula.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

ALCALDES. ELECCION POPULAR.—

Los artículos 57 y 58 de la Ley 11 de 1986 - 1987 y 91 del Código de Régimen Municipal no atañen a las elecciones populares de Alcaldes.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Consulta. Radicación número 107.

No comparto el concepto de la mayoría de la Sala por las siguientes razones:

1ª Como expuse en el salvamento de voto al concepto mayoritario correspondiente al expediente número 095, los artículos 57 y 58 de la Ley 11 de 1986 - 87 y 91 del Código de Régimen Municipal, no atañen a las elecciones populares de Alcaldes:

1. Porque de su claro y evidente tenor literal se infiere, sin ninguna duda, que prescriben *las incompatibilidades* de los Concejales, principales y suplentes, para ser *designados o nombrados* en cargos del municipio distintos de los exceptuados expresamente; por lo mismo *esas disposiciones recíprocamente implican prohibición de designar o nombrar* a los Concejales, principales y suplentes, en cargos que les son incompatibles; entre ellos se cuentan los de Alcalde, *mientras sean del libre nombramiento y remoción de Gobernadores, Intendentes y Comisarios, es decir, hasta el 13 de marzo de 1988, cuando deben efectuarse las primeras elecciones populares de esos funcionarios.*

2. Porque la Ley 11 de 1986, que fue promulgada el 17 de enero de 1986, no es ni podría ser la ley que, por remisión del artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986 —promulgado el 10 de los mismos mes y año—, debe prescribir "las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los Alcaldes".

3. Porque, *como expuso unánimemente la Sala en concepto del 24 de abril de 1986, por solicitud del señor Ministro de Gobierno, la Ley 11 de 1986 no comprende al Distrito Especial de Bogotá,* que fue expresamente excluido por el Congreso de sus prescripciones; pero, según el concepto mayoritarito de que disiento, los artículos 87 y 91 del Código de Régimen Municipal inequitativamente habrían prohibido a los *Concejales, principales y suplentes, ser elegidos Alcaldes, mas no a los del Distrito Especial de Bogotá.*

4. Porque la Ley 11 de 1986 *tampoco comprendió a los municipios de las intendencias y comisarías y sólo reguló directamente los de los departamentos,* lo que demuestra el carácter limitado y específico de

sus prescripciones. Sin embargo, la mayoría estima que comprende a todos los Concejales, principales y suplentes, de los municipios del país, con olvido, que implica error de derecho, de que es el artículo 44 del Decreto-ley 467 de 1986, "por el cual se establece el régimen administrativo de las intendencias y comisarías", el que permite aplicar, a los municipios de estas entidades, "con las excepciones consagradas" en ese Decreto, la Ley 11 de 1986, *expedida exclusivamente para los municipios de los departamentos.* De donde resulta que jurídicamente *no es acertado deducir una prohibición general, para todos los Concejales, principales y suplentes, del país, de una ley expedida exclusivamente para los municipios de los departamentos.*

5. El artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986 prohíbe "ser elegido simultáneamente" Alcalde y Concejal y el artículo 5º, letra a), de la Ley 78 de 1986 —la primera que se expide para desarrollar "parcialmente el Acto legislativo número 1 sobre elección popular de Alcaldes"— dispone que la simultaneidad de la elección de Alcalde y Concejal constituye *causal de inhabilidad* que, como dispone la mencionada reforma constitucional, vicia de nulidad ambas elecciones. Nótese, a este aspecto, que *mientras los artículos 87 y 91 del Código de Régimen Municipal prescriben causales de incompatibilidad* para los Concejales, principales y suplentes, *el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986 y el artículo 5º, letra a), de la Ley 78 de 1986 instituyen una causal de inhabilidad* para ser elegido "simultáneamente" Alcalde y Concejal. De manera que la diferencia es evidente: *Tanto en cuanto a la fuente normativa como al sentido y alcance de las prohibiciones.*

2ª El artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986 prescribe que "nadie podrá ser elegido simultáneamente Alcalde y Congresista, Diputado, Consejero Intendencial o Comisarial o Concejal"; que "tampoco podrán ser elegidos Alcaldes los Congresistas durante la primera mitad de su período constitucional" y que "la infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones".

Del claro, evidente, tenor literal del transcrito precepto constitucional se infiere que prohíbe elegir simultáneamente a una misma persona como Alcalde y Concejal; lo que constituye *una inhabilidad para ser elegido coetáneamente Alcalde y Concejal.* Esto explica que el artículo 5º, letra a), de la Ley 78 de 1986 —a la cual remite la Ley 11 del mismo año— prescriba, en armonía con el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986, que es causal de inhabilidad —no de incompatibilidad— para ser elegido Alcalde, "simultáneamente ser elegido Congresista, Diputado, Concejal y Consejero Intendencial o Comisarial": El precepto transcrito, como el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1986, *se refiere exclusivamente a las elecciones populares de Alcaldes y Concejales,* mientras que los artículos 87 y 91 del Código de Régimen Municipal atañen, tatmbién exclusivamente, *a los nombramientos o designaciones de los Concejales,* principales y suplentes, para cargos municipales, *en ellos comprendidos los de Alcalde hasta el 13 de marzo de 1988.*

De manera que mientras los artículos 87 y 91 del Código de Régimen Municipal prescriben *causales de incompatibilidad para los Concejales,* los artículos 3º del Acto legislativo número 1 y 5º de la Ley 78

de 1986 contemplan, *como causal de inhabilidad, ser elegido simultáneamente Alcalde y Concejal.*

3ª En fin, la mayoría considera que su concepto se justifica porque asegura la imparcialidad de las elecciones de Alcaldes. Pero, este criterio, por una parte, pretende justificar el concepto mayoritario que, como se ha explicado, carece de fundamento constitucional y legal; además omite tener en cuenta que los Congresistas, Diputados, Consejeros Intendenciales y Comisariales y Concejales pueden ser reelegidos, sin que ello signifique, ni mucho menos, que las correspondientes elecciones por ese motivo no sean imparciales: De manera que *el criterio mayoritario, además de no tener fundamento normativo, excede, hasta contrariarlas, las previsiones de la ley.*

En conclusión, por los motivos antes expuestos, considero que la Sala debió responder las preguntas del señor Ministro de Gobierno en la siguiente forma:

1. Los Concejales elegidos en marzo de 1986, cuyo período vence el 31 de julio de 1968, pueden ser válidamente elegidos Alcaldes en las elecciones populares de marzo de 1988, siempre que simultáneamente no sean elegidos Congresistas, Diputados o Concejales, Consejeros Intendenciales o Comisariales.

2. Los Concejales elegidos en marzo de 1986, que fueren elegidos Alcaldes, pueden entrar a ejercer esos cargos desde el 1º de junio de 1988; en esta hipótesis, desde esta fecha hasta el 31 de julio de 1988 se produciría vacante transitoria del cargo de Concejal, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 11 de 1986 —75 del Código de Régimen Municipal—, aplicable, según lo expuesto, a los municipios de los Departamentos y, por remisión, a los de las intendencias y comisarías. En el Distrito Especial de Bogotá, la vacante transitoria del cargo de Concejal se produciría con fundamento —no en el artículo 56 de la Ley 11 de 1986— 75 del Código de Régimen Municipal, sino en el artículo 3º de la Ley 5ª de 1929.

Bogotá, 25 de marzo de 1987.

Humberto Mora Osejo.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADICION. CANCELACION.—

Si los contratos fueran adicionados después de su vencimiento, las adiciones están afectadas de NULIDAD ABSOLUTA que impide a la administración ejecutarlas, es decir, CANCELAR "las sumas que adeuda por los referidos contratos adicionales (art. 58 del Decreto 222 de 1983). CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS PUBLICAS, DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. ADICION (art. 227 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, en armonía con el artículo 58 del Decreto 222 de 1983). ACTIO IN REM VERSO. Evita el ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA y permite cancelar el valor de las obras construidas con fundamento en los contratos adicionales ilegales.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PUBLICACION.— Omisión. Puede subsanarse. PAZ Y SALVO. Omisión: Consecuencia: NULIDAD ABSOLUTA que impide su ejecución. La administración no puede pagar directamente el valor de las obras ejecutadas aunque hayan sido recibidas a satisfacción. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. PAZ Y SALVO. Omisión: Nulidad absoluta. PUBLICACION: Omisión. Puede subsanarse artículo 221 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, artículo 202, numeral 5 IBIDEM*).*

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REAJUSTE DE PRECIOS (EN CONTRATOS PRINCIPALES O ADICIONALES DE LOS CELEBRADOS POR EL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRAS PUBLICAS. DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. REQUISITOS, REGISTRO Y REFRENDACION.

Omisión: Consecuencia. Subsanación (art. 279 del Acuerdo Nº 9 de 1976).

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 097.

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

"Atentamente y a solicitud del Secretario de Educación del Distrito Especial, en su calidad de Presidente del Fondo Rotatorio de la Se-

cretaría de Educación, someto a consideración de la Sala que usted preside, la siguiente consulta relativa a la celebración, trámite de perfeccionamiento y pago de contratos de obra celebrados por el referido Fondo a los cuales se aplica el Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, cuyo artículo 307 los denomina 'órdenes de trabajo'.

"Para una mejor comprensión se divide el tema en cuatro apartes así:

"1. Contratos adicionales que amplían el plazo o el valor, suscritos después de haber vencido el término o plazo del contrato principal o inicial.

"Los artículos 58 del Decreto 222 de 1983 y 227 del Código Fiscal del Distrito preceptúan que: 'En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales'.

"Se aclara que los contratistas presentaron a la administración, dentro del término del contrato principal, sus solicitudes para que se celebraran los contratos adicionales, pero éstos no suscribieron en su oportunidad legal, sino posteriormente. Las obras estipuladas en los referidos contratos adicionales fueron recibidas por la administración a entera satisfacción.

"De acuerdo a las condiciones de contratación descritas podría la administración cancelar las sumas que adeuda por los referidos contratos adicionales?

"2. El anterior Código Fiscal del Distrito (Acuerdo Nº 9 de 1976) exigía que los contratos de obras públicas, debían contar con la previa refrendación por la Contraloría Distrital, la cual junto con el registro presupuestal constituían requisitos para el perfeccionamiento de los contratos.

"Se consulta si la administración puede proceder al pago de contratos que no tienen la previa refrendación de la Contraloría Distrital, celebrados bajo la vigencia del Código Fiscal que así lo exigía, teniendo en cuenta que las obras fueron entregadas a entera satisfacción de la administración?

"3. Contratos de obras que además de faltarles la previa refrendación por la Contraloría Distrital, a que se hizo referencia en el punto inmediatamente anterior, presentaren otras inconsistencias de trámite tales como no haber presentado los contratistas el paz y salvo al momento de suscribir el contrato, o faltarles la correspondiente publicación

"Se consulta si la administración puede proceder al pago de los referidos contratos teniendo en cuenta que las obras fueron entregadas a entera satisfacción de la administración?

"4. Contratos adicionales suscritos después de haber vencido el término o plazo del principal, cuyo valor se canceló a los contratistas mediante resolución de reconocimiento en la cual se analiza cada contrato adicional y se concluye que el hecho de haberlos celebrado fuera del término legal constituye nulidad relativa que es saneable, para lo cual se dicta la resolución de reconocimiento.

"Respecto de estos contratos adicionales y de los principales, los cuales como se dijo ya fueron cancelados, en la actualidad los contratistas están solicitando el pago por reajuste de precios, algunos de los contratos principales, otros de los adicionales o de ambos. Se pregunta si la administración puede proceder al pago de estos reajustes de precio?".

La Sala considera:

Como la consulta comprende varios problemas, se procede a resolverlos en el mismo orden en que fueron propuestos:

1º El primer aspecto se refiere a contratos de construcción de obras, celebradas por el Distrito Especial de Bogotá, cuya adición se solicitó durante la vigencia de los mismos, pero que sólo se efectuó después de vencidos los plazos de duración de los contratos principales; las obras fueron recibidas a satisfacción por la administración. Se pregunta si es o no posible que ésta cancele "las sumas que adeuda por los referidos contratos adicionales".

El artículo 227 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá dispone, en perfecta armonía con el artículo 58 del Decreto-ley 222 de 1983, que "en ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales...". Se trata de una prohibición prescrita por una norma de derecho público cuya inobservancia o infracción, de conformidad con el artículo 302, número 2, del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, constituye causal de nulidad absoluta. Por consiguiente, si los contratos a que se refiere la consulta fueron adicionados después de su vencimiento, las adiciones están afectadas de nulidad absoluta que impide a la administración ejecutarlas, es decir, cancelar "las sumas que adeuda por los referidos contratos adicionales". Como ha expuesto la Sala en otras oportunidades, en defecto de otra solución jurídica, la acción *in rem verso* evita el enriquecimiento sin causa y permite cancelar el valor de las obras construidas con fundamento en los contratos adicionales ilegales.

2º El segundo aspecto consiste en que el Acuerdo número 9 de 1976 exigía para los contratos de obras públicas de Bogotá "la previa refrendación por la Contraloría Distrital", Se pregunta si es o no posible pagar el valor de los contratos, celebrados sin la previa refrendación de la Contraloría Distrital, cuando se exigía este requisito, "teniendo en cuenta que las obras fueron entregadas a entera satisfacción de la administración".

El artículo 279 del Acuerdo número 9 de 1976 disponía que todos "los contratos celebrados por el Alcalde o sus delegados para los fines fiscales necesitan el registro en la Contraloría Distrital y la refrendación del Contralor" y que "los contratos celebrados por las entidades descentralizadas serán registrados y refrendados por el respectivo Auditor o Revisor Fiscal". Si algunos contratos del Distrito Especial de Bogotá o de sus entidades descentralizadas omitieron los requisitos que prescribía el transcrito artículo 279 del Acuerdo número 9 de 1976, la omisión puede ser subsanada efectuando, en cada contrato, los indicados registro y refrendación, para poder efectuar el pago del pre-

cio si las obras, como se afirma en el enunciado de la consulta, fueron recibidos "a entera satisfacción de la administración". Si las indicadas omisiones no se subsanan, la administración no puede cancelar directamente el valor de esas obras.

3º El tercer aspecto consiste en que otros contratos del Distrito Especial de Bogotá, además de otras omisiones analizadas en el punto anterior, están afectadas de otras irregularidades, como no haber presentado los contratistas el paz y salvo al momento de suscribir el contrato o no haber realizado las correspondientes publicaciones. Se pregunta si la administración puede o no efectuar el pago del valor de las obras que le fueron entregadas a entera satisfacción.

Respecto de la falta de registro y de refrendación, se reitera lo expuesto en el punto anterior: Las omisiones pueden ser subsanadas en la forma indicada, con la consecuencia expuesta.

El artículo 221 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá dispone que "cuando la cuantía del contrato sea superior a cincuenta millones ($ 50.000.000.oo) de pesos se exigirá su publicación, a cargo del contratista, en el Registro Distrital, que se entenderá cumplido con el pago de los derechos correspondientes".

La Sala considera que para poder efectuar el pago del valor de las obras es indispensable remediar la omisión de la publicación.

El artículo 202, número 5, del Código Fiscal de Bogotá prohíbe celebrar contratos a "quienes en la fecha en que se haya de firmar el contrato no se encuentren a paz y salvo con el Tesoro Nacional por concepto de impuesto de renta y complementarios". Esta disposición prescribe una prohibición de derecho público que, de conformidad con el artículo 302, número 2, del mencionado Código, es causal de nulidad absoluta del contrato. De donde se deduce que los contratos que se hayan celebrado por personas que en la fecha en que se suscribieron no acreditaron, en la forma indicada, estar a paz y salvo con la Nación por concepto de impuesto de renta y complementarios, están afectados de causal de nulidad absoluta que impide su ejecución; por consiguiente, la administración no puede pagar directamente el valor de las obras ejecutadas aunque haya sido recibidas a satisfacción.

4º Otro aspecto consiste en que, habiéndose pagado el valor de los contratos principales y el de los adicionales, celebrados después del vencimiento de los primeros, los contratistas solicitan el reajuste de precios, "algunos de los contratos principales, otros de los adicionales o de ambos". Se pregunta si la administración puede proceder al pago de esos reajustes.

Los precios de los contratos principales, en principio, pueden ser revisados de conformidad con lo dispuesto por el Código Fiscal de Bogotá y con las estipulaciones contractuales; además ha de tenerse en cuenta si el contrato fue o no liquidado definitivamente.

Pero los contratos adicionales, celebrados después del vencimiento de los principales, como se expuso antes, no pueden ser ejecutados por estar afectados de causal de nulidad absoluta, de conformidad con lo

prescrito por los artículos 227, inciso 5º, y 302, número 2, del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá; a *fortiori* tampoco es posible admitir la revisión de los precios de estos extemporáneos contratos adicionales.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

FONDO NACIONAL DEL AHORRO.—

1º Recurso original (Decreto-ley 3118 de 1968). Excepción: Cesantías de los miembros de las Cámaras Legislativas, de los empleados de los mismos, de los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la Defensa Nacional.

2º Cesantías que a él corresponden (art. 5º de los Estatutos del Fondo Nacional del Ahorro, Acuerdos número 01 de 1969 y 01 de 1971, aprobados por Decretos números 1091 de 1969 y 572 de 1971). CESANTIAS A CARGO DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

3º Personas jurídicas que pueden afiliarse, aprobación por la JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Subsumir en la categoría legal de empresas del Estado la de sociedades de economía mixta con aporte estatal del noventa por ciento o más, para efectos de su vinculación al Fondo Nacional del Ahorro, extralimita el ámbito del artículo 3º del Decreto 3118 de 1968, al cual remite de una manera precisa e inequívoca, mientras reduce el propio del artículo 59 delimitado con rigurosa exactitud en términos que excluyen vaguedades o contradicciones. FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR S. A. Sujetar una sociedad de economía mixta como Electrificadora de Bolívar S. A. a la condición de entidad vinculada al Fondo Nacional del Ahorro a darle tratamiento de tal, para efectos de eximirla de esa obligación, es extender arbitrariamente la concepción original del texto legal a supuestos no previstos por el legislador y hacer servir tal texto a fines extraños y con prejuicio de la seguridad y validez de la actuación administrativa del Fondo Nacional del Ahorro.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., treinta de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 098.

El Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"...

La Electrificadora de Bolívar S. A., es una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

Su capital está constituido por aportes de origen estatal en un porcentaje del 99.9999%.

El artículo 1º de sus estatutos, contenidos en la escritura pública número 691 del 3 de junio de 1975 de la Notaría 3ª del Círculo de Cartagena, define la naturaleza jurídica de la entidad en estos términos: 'La Electrificadora de Bolívar S. A., es una Sociedad Anónima, clasificada como una entidad descentralizada indirecta, de nacionalidad colombiana, perteneciente al orden nacional, vinculada al sector administrativo del Ministerio de Minas y Energía, sociedad en la que por razón de la participación del capital estatal se somete al régimen jurídico previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado'.

Con respecto a las entidades oficiales vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro, el artículo 3º del Decreto-ley 3118 de 1968 dispone:

> 'Deberán liquidarse y entregarse al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a las disposiciones del presente Decreto, las cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional'.

No obstante que la norma transcrita excluye a las sociedades de economía mixta al indicar cuáles son las entidades oficiales vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro, el artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 y el artículo 3º del Decreto 130 de 1976, disponen que las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social, se sujetarán a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Doctrinariamente se ha entendido que la asimilación prescrita por estas disposiciones no es absoluta, por cuanto es necesario tener en cuenta la compatibilidad de las normas que integran el régimen de las empresas industriales o comerciales con la naturaleza societaria de la entidad.

Así, el tratadista Alvaro Tafur Galvis, en su obra 'Las Entidades Descentralizadas', páginas 161 y 162, sostiene lo siguiente:

> 'En lo tocante a la aplicación del régimen propio de las empresas industriales y comerciales del Estado, a las sociedades con aporte estatal igual o superior al 90% del capital social, es imperioso aclarar que ni el Decreto 130, ni su antecedente el artículo 3º del Decreto 3130 de 1968, pretenden una asimilación de esas sociedades con las empresas puramente estatales, entre otras cosas porque, en estas últimas, no hay ningún aporte de capital privado, el cual subsiste, así sea en mínima proporción en las sociedades de economía mixta. Además, mientras que las empresas industriales y comerciales del Estado surgen por virtud de un acto unilateral del Estado, las sociedades, como hemos visto, requieren siempre de un acto convencional, que no puede desconocerse ni cancelarse por razón de la referencia que se haga al régimen de las empresas.

Por lo anterior, la disposición del artículo 3º del Decreto 130 de 1976 debe entenderse en el sentido de prescribir la sujeción de las sociedades de economía mixta, al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, en la medida en que las reglas que lo integran no sean incompatibles con la naturaleza societaria de la entidad. Es que la sociedad de economía mixta, por la circunstancia del aporte igual o superior al 90%, no se convierte en empresa industrial o comercial del Estado. Incurren por tanto en error quienes al clasificar las distintas entidades descentralizadas, incluyen entre las empresas industriales o comerciales del Estado a las sociedades en referencia'.

De otra parte, el honorable Consejo de Estado, en conceptos emitidos el 24 de noviembre de 1972 y el 30 de noviembre de 1970, ha considerado lo siguiente:

'... Se diferencian las empresas industriales y comerciales de los establecimientos públicos en que a estas empresas se les encomiendan actividades de naturaleza industrial o comercial y se regulan, por el derecho privado, mientras que los establecimientos públicos atienden principalmente funciones administrativas y se rigen por el derecho público; a su turno, estas empresas se distinguen de las sociedades de economía mixta en que en las primeras su capital está constituido totalmente con bienes o fondos públicos o el producto de impuestos, tasas o contribuciones, mientras que en las sociedades de economía mixta los aportes son estatales y de capital privado y se constituyen como sociedades comerciales'.

Finalmente, el artículo 59 del Decreto-ley 3118 de 1968 de manera explícita señala el procedimiento para que las sociedades de economía mixta, sin distinguir la conformación de su capital social, se afilien facultativamente al Fondo Nacional del Ahorro.

Hechas las anteriores precisiones, se consulta:

1. La Electrificadora de Bolívar S. A., en su carácter de sociedad de economía mixta del orden nacional cuyo capital tiene origen estatal en una proporción superior al 90%, es una entidad afiliada al Fondo Nacional del Ahorro por mandato del artículo 3º del Decreto 3118 de 1968, aplicado concordantemente con el artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 y el artículo 3º del Decreto 130 de 1976?

2. Por el contrario, con fundamento en la diferenciación doctrinaria y de tratamiento legal establecido por los artículos 3º y 59 del Decreto 3118 de 1968, entre las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, debe considerarse que la Electrificadora de Bolívar S. A. no es una entidad vinculada forzosamente al Fondo Nacional del Ahorro, sino que tal vinculación es facultativa?".

Consideraciones:

El recurso original del Fondo Nacional del Ahorro constituido por las cesantías de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales,

deriva de que aquellas se liquiden y entreguen conforme a las disposiciones del Decreto-ley número 3118 de 1968, por las "entidades vinculadas al Fondo", cuales son Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional (art. 3º *ibídem*).

De lo dispuesto así están exceptuadas las cesantías de los miembros de las Cámaras Legislativas, de los empleados de las mismas, de los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la defensa nacional (art. 4º *ibídem*).

De conformidad con el artículo 5º de los Estatutos del Fondo Nacional del Ahorro, Acuerdo números 01 de 1969 y 01 de 1971, aprobados por Decretos números 1091 de 1969 y 572 de 1971, "forman parte del Fondo las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de las siguientes entidades:

a) Los Ministerios;

b) Los Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado pertenecientes al orden nacional, y

c) Las sociedades de economía mixta, los Departamentos, Municipios y entidades descentralizadas del orden regional cuya afiliación llegue a aceptarse, de acuerdo con el artículo 59 del Decreto 3118 de 1968".

Y de conformidad con el artículo 8º, "constituyen recursos del Fondo:

. . . . . .

b) Las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales que se consignen en el Fondo de acuerdo con las disposiciones de la ley".

. . . . . .

La liquidación definitiva de cesantías correspondientes a servicios prestados hasta el 31 de diciembre de 1968 o hasta fecha anterior, según el caso, se impuso en Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, como también la obligación de liquidar anualmente las que se causen en favor de trabajadores y empleados o las que les corresponda por el tiempo servido en el año de retiro (arts. 26, 27 y 28, *ibídem*).

Y consecutiva a esta obligación resulta la de entregar las liquidaciones al Fondo, durante el mes de enero del año subsiguiente por parte de las entidades vinculadas a aquél (arts. 32 y 49).

"Las sociedades de economía mixta, los Departamentos y Municipios y las entidades descentralizadas del orden regional podrán afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, previa aprobación en cada caso, de la Junta Directiva de éste.

"Los afiliados de que trata el presente artículo deberán cumplir las obligaciones que este Decreto señala para establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado" (art. 59 *ibídem*).

Coherente con la disposición transcrita, la del artículo 7º del Decreto 3118 de 1968 atribuye a la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro competencia para "aprobar la vinculación al Fondo de sociedades de economía mixta, lo mismo que la de Departamentos, Municipios y entidades descentralizadas del orden regional" (Aparte K, Cf. art. 19 de los Estatutos del Fondo Nacional de Ahorro. Acuerdos números 01 de 1969 y 01 de 1971, aprobados por Decretos números 1091 de 1969 y 572 de 1971).

Las expresiones empleadas en el decreto orgánico del Fondo corresponden exactamente a la idea o sentido dispositivo del mismo, en cuanto señala como entidades vinculadas, es decir, sujetas a las obligaciones en él prescritas, las del artículo 3º y afiliadas las del artículo 59, es decir, unidas, asociadas por voluntad propia a la organización.

La expresión de esta voluntad es la connotación distintiva entre unas y otras entidades en su relación con el Fondo, y determina y condiciona la seguridad jurídica de dicha relación a fuerza de constituir el origen de su validez.

Teniendo en cuenta su condición de entidades sujetas a las obligaciones prescritas por el Decreto 3118 de 1968, es decir, vinculadas al Fondo Nacional del Ahorro por virtud del propio Decreto, no puede haber confusión con aquellas cuya afiliación o integración es facultativa u opcional, aparte de cualquier referencia distinta de la utilizada por el Decreto.

Cuando la realidad referida no admite otro tipo de determinación más precisa, la inteligencia de esa realidad no tolera otra interpretación que rebase los términos de la referencia. Porque la determinación del enunciado legal no puede traducirse en una indeterminación de las aplicaciones del mismo.

El supuesto de hecho, en cuanto proviene directamente de la norma atributiva de la potestad, es siempre un elemento reglado y la realidad misma del supuesto no puede ser eventualmente objeto de apreciación discrecional, si no lo autoriza la ley misma.

Subsumir, por tanto, en la categoría legal de empresas del Estado la de sociedades de economía mixta con aporte estatal del noventa por ciento o más, para efectos de su vinculación al Fondo Nacional del Ahorro, extralimita el ámbito del artículo 3º del Decreto 3118, al cual remite de una manera precisa e inequívoca, mientras reduce el propio del artículo 59, delimitado con rigurosa exactitud en términos que excluyen vaguedades o contradicciones.

El efecto normativo del artículo 59 en cita, se produce en la medida en que su tenor literal desarrolla y afirma la facultad de las sociedades de economía mixta para afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro y con idéntica efectividad se proyecta el artículo 3º en cuanto prescribe la vinculación de las empresas industriales y comerciales del Estado al referido Fondo.

Cuando cada una de estas entidades registra su categoría autónoma y en ella persiste, independientemente de su vinculación y afiliación al Fondo, se detecta que el fundamento de una u otra no atañe al régimen de funcionamiento sino a la naturaleza propia de la entidad.

Forma y carácter de sociedad mercantil, actividades industriales y comerciales como objeto social; capital integrado por aportes del Estado y los particulares; aporte estatal de una o varias entidades descentralizadas; previsión de régimen jurídico común para las sociedades de primero, o de segundo grado, configuran suficientemente la categoría definida en la ley como sociedad de economía mixta, sin que sea necesario incorporarle toda la carga de su evolución jurisprudencial y doctrinaria ni aún los mismos desarrollos legales posteriores a su definición.

Sin perjuicio del régimen de las empresas del Estado, que corresponde aplicar a las sociedades de economía mixta por la circunstancia de pertenecer su capital al Estado en un noventa por ciento o más; sin perjuicio del carácter de entes convencionales que en su base ostentan, las sociedades de economía mixta, en general, retienen como propia de su naturaleza, la facultad u opción de su afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, porque se la atribuye el artículo 59 del Decreto 3118 de 1968 y porque para otorgarles esa atribución sólo se tuvo en cuenta la calificación dada a la entidad en el acto de su creación y la categoría en que hubiere quedado clasificada.

La decisión del conflicto que surge entre el Fondo Nacional del Ahorro y la Electrificadora de Bolívar S. A. impone una solución racional y adecuada al caso controvertido, sobre la base de una fórmula legal, que no distinguió por la proporción del aporte estatal el régimen de *afiliación* al Fondo Nacional del Ahorro de la sociedad de economía mixta.

Hay aquí un proceso de aplicación de la ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno ni a concordancia de intérpretes ocasionales, cuando la norma no remite a una estimación administrativa, caso por caso, sino que se refiere con carácter genérico a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas.

Sujetar una sociedad de economía mixta como la Electrificadora de Bolívar S. A. a la condición de entidad vinculada al Fondo Nacional del Ahorro o darle tratamiento de tal, para efectos de eximirla de esa obligación, es extender arbitrariamente la concepción original del texto legal a supuestos no previstos por el legislador y hacer servir tal texto a fines extraños, con perjuicio de la seguridad y validez de la actuación administrativa del Fondo Nacional del Ahorro.

En consecuencia la Electrificadora de Bolívar S. A. no es una entidad vinculada forzosamente al Fondo Nacional del Ahorro y es facultativa su afiliación a dicho organismo.

En estos términos se absuelve la consulta de la referencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

FONDO NACIONAL DEL AHORRO (Salvamento de voto).—

1º Recursos (Decreto 3118 de 1968). SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Las CESANTIAS de los empleados y trabajadores oficiales de las sociedades de economía mixta asimiladas a EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, deben liquidarse y entregarse al Fondo Nacional del Ahorro para efectos legales. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. ASIMILACION A EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Normación. Artículo 3º del Decreto-ley 3130 de 1968, reiterado por el artículo 3º del Decreto-ley 130 de 1976. PERSONAS VINCULADAS A SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA ASIMILADAS A EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. TRABAJADORES OFICIALES Y EMPLEADOS PUBLICOS (con tareas de dirección y de confianza). LEY. INTERPRETACION. "Donde la ley no distingue no es lícito distinguir. PRINCIPIO UBI LEX NON DISTINGUIT NEC NOS DISTINGUERE DEBEMUS".

2º Las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte estatal es INFERIOR al noventa (90%) del capital social, mantienen su condición de sociedades particulares cuyo personal es privado, pero pueden, sin embargo, VOLUNTARIAMENTE solicitar su afiliación (art. 59 del Decreto-ley 3118 de 1968). ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR S. A. Se asimila a las empresas industriales y comerciales del Estado porque los aportes de ésta equivalen a más del 90% del capital social y, por este motivo, las CESANTIAS de sus empleados y trabajadores oficiales deben remitirse, de conformidad con el artículo tercero (3º), del Decreto-ley 3118 de 1968, al Fondo Nacional del Ahorro.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Consulta. Radicación número 098.

No comparto el concepto de la mayoría por los siguientes motivos:

1º Según el artículo 3º del Decreto-ley 3130 de 1968, reiterado por el artículo 3º del Decreto-ley 130 de 1976, "las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado". Este precepto legal, que no tiene ninguna excepción, *asimila íntegramente* las sociedades de economía mixta, con aportes del Estado iguales o superiores al noventa por ciento (90%) del capital social, a las empresas industriales y comer-

ciales del Estado: De donde se deduce, de modo evidente, que *si la ley no estableció excepciones al principio que prescribió, mal podría hacerlas el intérprete caprichosamente*; por el contrario, en este caso rige el principio según el cual "donde la ley no distingue no es lícito distinguir" *(ubi lex non distinguit nec nos distingüere debemus)*; esto significa que las sociedades de economía mixta con aportes del Estado iguales o superiores al noventa por ciento (90%) del capital social *se asimilan o identifican, para todos los efectos legales, a las empresas industriales y comerciales del Estado.*

2º Las personas vinculadas a la actividad de las sociedades de economía mixta son, en principio, *trabajadores particulares*, vinculados por contrato de trabajo que se rige por el Código Sustantivo del Trabajo. Pero, si los aportes del Estado en esas sociedades equivalen o sobrepasan el noventa por ciento (90%) del capital social, *su asimilación a las empresas industriales y comerciales del Estado implica,* de *conformidad con el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, que el personal vinculado a su servicio está constituido, de modo prevaleciente, por trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo celebrado, no con fundamento en las reglas relativas al derecho individual del trabajo, sino en disposiciones legales especiales,* mientras que por excepción las tareas de dirección y confianza son desempeñadas por empleados públicos. De donde se infiere que *la asimilación de las sociedades de economía mixta a las empresas industriales y comerciales del Estado significa, respecto del personal, que está constituido, como sucede en éstas, por empleados y trabajadores oficiales: De este modo la asimilación produce todos sus efectos, sin ninguna excepción, sobre la naturaleza jurídica del personal vinculado a las sociedades de economía mixta asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado.*

3º Por consiguiente, el artículo 1º, letra a), del Decreto-ley 3118 de 1968 que dispone que el Fondo Nacional del Ahorro estará constituido, entre otros recursos, por "las cesantías de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales" y el artículo 3º del mismo Decreto que prescribe que "deberán liquidarse y entregarse al Fondo Nacional del Ahorro conforme a las disposiciones del presente Decreto, las cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional (sic)", son aplicables a los *empleados y trabajadores oficiales de las sociedades de economía mixta asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado:* El artículo 3º del Decreto-ley 3130 de 1968 prescribió, como se expuso antes, *sin hacer ninguna excepción,* la asimilación o identificación y, conforme a otro evidente principio general de derecho, "donde hay una misma razón debe existir una misma disposición jurídica" *(Ubi eadem ratio ibi eadem jus debet esse).* De donde se deduce que por expresa disposición de la ley, corroborada por un principio general de derecho, las cesantías de los empleados y trabajadores oficiales de las sociedades de economía mixta asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, *deben liquidarse y entregarse* al Fondo Nacional del Ahorro para los efectos legales.

4º Las demás sociedades de economía mixta, es decir, aquellas en las cuales el aporte del Estado es inferior al noventa por ciento (90%)

del capital social, mantienen su condición de sociedades particulares cuyo personal es privado, pero pueden, sin embargo, *voluntariamente solicitar su afiliación* al Fondo Nacional del Ahorro, de conformidad con el artículo 59 del Decreto-ley 3118 de 1968. Lo que significa que estas sociedades, por estar regidas por el derecho privado, no son afiliados forzosos, sino facultativos, del Fondo Nacional del Ahorro; por el contrario, la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a ellas, según el artículo 3º del mismo Decreto, necesariamente hacen parte del Fondo Nacional del Ahorro, con la obligación de liquidar y entregar las cesantías de sus empleados y trabajadores oficiales a la mencionada entidad.

En conclusión: Las sociedades de economía mixta, con aportes del Estado iguales o superiores al noventa por ciento (90%) del capital social, *se asimilan a las empresas industriales y comerciales del Estado para todos los efectos legales*; por consiguiente, el personal de las sociedades de economía mixta, asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, está constituido, de conformidad con el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, por regla general, por trabajadores oficiales, excepcionalmente por empleados públicos, y, finalmente, *el artículo 3º del Decreto-ley 3118 de 1968 es aplicable a todos los empleados y trabajadores oficiales del Estado —con las excepciones prescritas por el artículo 4º del mismo estatuto—, en ellos comprendidos los empleados y trabajadores oficiales de las sociedades de economía mixta asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado.*

"La Electrificadora de Bolívar S. A." se asimila a las empresas industriales y comerciales del Estado porque los aportes de ésta equivalen a más del 90% del capital social y, por este motivo, las cesantías de sus empleados y trabajadores oficiales deben remitirse, de conformidad con el artículo 3º del Decreto-ley 3118 de 1968, al Fondo Nacional del Ahorro. Enmendado "mixta" vale.

Bogotá, D. E., 26 de marzo de 1987.

Humberto Mora Osejo.

ADMINISTRACION MUNICIPAL. REVISORES Y AUDITORES.—

En aquellos municipios donde exista Contraloría Municipal pueden ser o elegidos por el Concejo o designados por el Contralor, según disponga una u otra forma de provisión del cargo el acuerdo dictado por el Concejo, mediante el cual se haya creado la Contraloría Municipal.

REVISORES Y AUDITORES DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES.

Consejo de Estado— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., tres de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Consulta sobre elección de Revisores y Auditores municipales. Radicación número 103.

El señor Ministro de Gobierno ha formulado la siguiente consulta:

"Señor Presidente:

De manera atenta someto a consideración de la Sala que usted preside la siguiente consulta relacionada con la elección de Revisores o Auditores Fiscales por parte de los Concejos Municipales, en aquellos municipios en los cuales existe Contraloría Municipal.

El artículo 307 del Código de Régimen Municipal establece:

'Además de las que señalen las leyes y los acuerdos del Concejo, los Contralores tendrán las siguientes atribuciones:

1º Vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes municipales;

2º Exigir informes a los empleados públicos municipales sobre su gestión fiscal, y

3º Revisar y fenecer las cuentas de los ingresos y gastos públicos, a fin de determinar si se han hecho de acuerdo con las disposiciones vigentes'.

En la mayoría de los municipios, el Contralor Municipal ejerce el control fiscal tanto del municipio como de sus entidades descentralizadas. En otros como en el Distrito Especial, Medellín y Cali, el control de las empresas municipales se ejerce a través

de un Auditor o Revisor Fiscal elegido por el Concejo. Esto se debe a que en los acuerdos de creación, o de reorganización de las empresas, se contempla que el Concejo elegirá el Revisor o Auditor para las mismas.

La Ley 11 de 1986, en sus artículos 62 y siguientes, que ahora corresponden a los artículos 101 y 103 del Código de Régimen Municipal, hizo referencia a los Revisores o Auditores así:

'Artículo 101. Si dos o más personas alegaren haber sido elegidas, Contralores, Personeros, Tesoreros, Auditores o Revisores, para un mismo período, dentro de los diez (10) días siguientes a la respectiva elección deberán entregar al Alcalde las pruebas, documentos y razones en que fundan su pretensión. Si así no lo hicieren, el Alcalde reunirá la documentación que fuere del caso.

Dentro de .....

Mientras se realiza la posesión del Contralor, Personero, Tesorero, Auditor o Revisor válidamente elegido, la persona que venía desempeñando el cargo continuará ejerciéndolo'.

'Artículo 103. Los Contralores, Personeros, Tesoreros, Auditores y Revisores que ejerzan el cargo en propiedad, sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación'.

Se considera que la Ley 11 de 1986 hizo alusión a los citados funcionarios en atención a la situación especial que presentaban algunos municipios, en los cuales las empresas municipales venían controlándose fiscalmente a través de Auditores o Revisores elegidos por el Concejo, por lo cual era necesario garantizarles estabilidad durante su período y a la vez poder solucionar los problemas que se presentaran con las dobles elecciones de estos funcionarios.

Con fundamento en los artículos citados y en las consideraciones anteriores se consulta:

1. Los funcionarios denominados Revisores o Auditores de las diferentes dependencias del municipio que tenga Contraloría Municipal, deben ser designados por el Contralor o pueden ser elegidos por el Concejo?

2. Los Revisores o Auditores de las entidades descentralizadas municipales, como las empresas de servicios, pueden ser elegidos por los Concejos en todos los municipios? O sólo en aquellos en los cuales los estatutos de tales empresas, expedidos por acuerdos, así lo determinen?

Del señor Presidente y de los honorables Consejeros de Estado con sentimientos de consideración y aprecio,

(Fdo.) *Fernando Cepeda Ulloa.* Ministro de Gobierno".

La Sala considera y responde:

I. El artículo 190 de la Constitución Nacional, dispone en su inciso 2º lo siguiente:

"La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las Contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a las contralorías municipales".

A su vez, el artículo 304 del Código de Régimen Municipal, Decreto-ley 1333 de 1986 consagra idéntica disposición y el artículo 305 *in fine* del mismo Código prevé que "en los Municipios en los cuales no hubiere Contraloría, la vigilancia de su gestión fiscal corresponde a la Contraloría Departamental".

Significa lo que acaba de verse, que por regla general, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración municipal es ejercida por la Contraloría Departamental, salvo en cuanto la ley permita la existencia y funcionamiento de Contralorías municipales.

Pues bien, la ley establece al respecto en el artículo 305 del Código de Régimen Municipal que los Concejos de los municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos (sin incluir el valor de los recursos de crédito ni las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento) pueden crear y organizar Contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración municipal (Debe entenderse que en esta expresión está incluida tanto la gestión fiscal del municipio propiamente dicho como la de las correspondientes entidades descentralizadas municipales).

Por otra parte, no debe perderse de vista, que al tenor del artículo 197 de la Constitución, compete a los Concejos Municipales determinar conforme a la ley, la estructura de la administración municipal y las funciones de sus diferentes dependencias.

De modo que, en desarrollo de claras normas constitucionales, la ley permite que los Concejos Municipales de los Municipios que llenen las condiciones que la misma ley señala, creen y organicen Contralorías Municipales. Será pues el Concejo Municipal, el cual mediante acuerdo —disponga cuál ha de ser la organización y cuáles las funciones de la Contraloría Municipal para que ésta cumpla con su objetivo de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal municipal.

Precisamente, el artículo 307 del Código de Régimen Municipal establece que además de las que señalen las leyes y los acuerdos del Concejo, los contralores municipales tendrán las siguientes atribuciones:

"1ª Vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes municipales.

2ª Exigir informes a los empleados públicos municipales sobre su gestión fiscal, y,

3º Revisar y fenecer las cuentas de los ingresos y gastos públicos a fin de determinar si se han hecho de acuerdo a las disposiciones vigentes".

Y el artículo 288 del Código de Régimen Municipal (correspondiente al artículo 38 de la Ley 11 de 1986), dispuso:

"Corresponde a los Concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las alcaldías, secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos.

Estas mismas funciones serán cumplidas por los Concejos respecto de los empleados de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías".

De manera que al crear la Contraloría Municipal y al determinar su organización puede el Concejo disponer o bien que los Auditores o Revisores del Municipio propiamente dicho y los de las entidades municipales descentralizadas sean nombrados por el Contralor Municipal o bien que sean elegidos por el Concejo, en uno y otro caso, el Revisor y el Auditor estarán subordinados a la Contraloría Municipal, pues es a esta entidad a la que la ley le da la función de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal municipal y, por consiguiente, la de llevar a cabo las labores contables de revisoría y auditoría.

II. El artículo 156 del Código de Régimen Municipal establece que las entidades descentralizadas municipales están sometidas a la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos. El artículo 92 del mismo Código (atribución 4ª), dispone que corresponde al Concejo Municipal crear, a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determina la ley.

Y el artículo 290 del citado Código de Régimen Municipal prevé que las funciones de determinación de las plantas de personal, creación y supresión de empleos, etc., de las entidades descentralizadas municipales deben ser cumplidas por las autoridades que señalen sus actos de creación o estatutos orgánicos.

Así pues, cuando el Concejo Municipal expida, mediante acuerdo, las normas que han de regular el funcionamiento y organización de las entidades descentralizadas municipales, puede disponer que el control fiscal de estas entidades sea ejercido por revisores o auditores nombrados por el Contralor Municipal o elegidos por el Concejo.

Pues bien, en el caso de que los Auditores y los Revisores sean elegidos por el Concejo Municipal, para un período determinado, les son aplicables a dichos funcionarios las disposiciones contenidas en los artículos 101 y 103 del Código de Régimen Municipal; no es del caso tal aplicación cuando su nombramiento sea hecho por el Contralor.

Por último: No en todos los municipios pueden los Concejos Municipales elegir Auditores o Revisores de las entidades descentralizadas; en primer término, no podrían hacerlo en aquellos municipios donde no existe Contraloría Municipal, pues en ellos el control fiscal de la administración municipal está a cargo de la Contraloría Departamental; y tampoco podrían hacerlo en los municipios en los cuales los acuerdos que hayan creado la Contraloría Municipal y las entidades descentralizadas, prevean que tales funcionarios sean nombrados por el Contralor.

Conviene observar, también, que en el caso del Distrito Especial de Bogotá, rigen al respecto las normas especiales contenidas en los

artículos 42, 78, 79 y 80 y demás disposiciones concordantes del Decreto 3133 de 1968.

En conclusión:

1º Los Revisores y Auditores de la administración municipal, en aquellos municipios donde exista Contraloría Municipal pueden ser o elegidos por el Concejo o designados por el Contralor, según disponga una u otra forma de provisión del cargo el acuerdo dictado por el Concejo, mediante el cual se haya creado la Contraloría Municipal.

2º Los Revisores y Auditores de las entidades descentralizadas municipales no pueden ser elegidos por el Concejo en todos los municipios, indiscriminadamente; sólo pueden serlo en aquellos en los cuales los acuerdos creadores de la Contraloría Municipal o de la correspondiente entidad descentralizada así lo establezcan.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

ACTUACION ADMINISTRATIVA. PUBLICIDAD.—

Excepción (art. 8º de la Ley 58 de 1982). EXAMEN POR PARTICULARES. Derecho. COPIAS Y CERTIFICADOS sobre las actuaciones administrativas. DOCUMENTOS: Reserva. RESERVA DE DOCUMENTOS. DOCUMENTOS: CONSULTA (Ley 57 de 1985, art. 12). INVESTIGACIONES DE CARACTER ADMINISTRATIVO Y/O DISCIPLINARIO. No están sometidas a reserva como lo declara la misma Ley 57 de 1987, en su artículo 19. RESERVA DOCUMENTAL "EN PARTE" DE UN EXPEDIENTE (parágrafo del art. 19 de la Ley 57 de 1985). DERECRO DE PETICION DE CONSULTA. Negación por reserva.

2. Situación cuando la persona interesada insiste sobre su solicitud: Corresponderá al Tribunal Contencioso Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos decidir en única instancias si se acepta o no la petición formulada o si se debe atender parcialmente. INVESTIGACIONES DE CARACTER DISCIPLINARIO. Carácter público y no el restrictivo de contener la expedición de las copias mientras no se produzcan las explicaciones o DESCARGOS del funcionario investigado. INVESTIGACION DISCIPLINARIA. Regulada en la ley y reglamentado por el Decreto 482 de 1985 puede tener etapas que implican DESCARGOS verbales o escritos (art. 21 ibídem*), o práctica de pruebas y formulación de cargos dentro del término fijado para adelantarla, hasta la recepción de descargos, y el cierre de la misma, cuando se considere perfeccionada (art. 37* ibídem*), y está prescrita aún la orden de reabrir la investigación, si se considera incompleta (art. 39), sin que el término para culminarla pueda exceder de sesenta (60) días, cuando el empleado investigado es suspendido provisionalmente. TERMINO PARA LA EXPEDICION DE COPIAS. FUNCIONARIO RENUENTE. FALTA DISCIPLINARIA. Configura falta disciplinaria, sancionada con DESTITUCION, "dar a conocer indebidamente documento o noticia que el empleado deba mantener en secreto o reserva", al tenor del artículo 15, numeral 17 de la Ley 13 de 1984, y del artículo 48, numeral 17 del Decreto 482 de 1985.*

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

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: Número 102.

El señor Ministro de Gobierno, en Oficio número 0087, envía a la Sala la consulta que textualmente se transcribe:

"Atentamente y a solicitud del señor Procurador General de la Nación, someto a consideración de la Sala que usted preside la siguiente consulta, relacionada con la reserva legal de los documentos y el acceso a la información.

El Código Contencioso Administrativo, incluye en el 'derecho de petición de informaciones', el 'acceso a la información' sobre la acción de las autoridades y la obtención de 'copias de sus documentos', con excepción 'de los documentos que la Constitución Política o las leyes autorizan tratar como reservados' (arts. 17 y 19).

Por su parte, la Ley 57 de 1985 que regula la 'publicidad de los actos y documentos oficiales', en el artículo 12 establece las mismas reglas, indicando como reservados también los documentos que 'hagan relación a la defensa o seguridad nacional' y el artículo 19 agrega la siguiente disposición especial, respecto de las investigaciones disciplinarias:

'Artículo 19. Las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario, no estarán sometidas a reserva. En las copias que sobre estas actuaciones expidan los funcionarios, a solicitud de los particulares, se incluirán siempre las de los documentos en que se consignen las explicaciones de las personas inculpadas.

Parágrafo. Si un documento es reservado el secreto se aplicará exclusivamente a dicho documento y no a las demás piezas del respectivo expediente o negocio'.

El parágrafo anterior, concuerda con la última parte del inciso 3º del artículo 29 del Código Contencioso Administrativo que dice:

'Con los documentos, que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado'.

Entre los documentos reservados se encuentran el sumario, de conformidad con lo consagrado por el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal, pero el artículo 313 del mismo Código autoriza la expedición de copias del mismo a la autoridad competente 'para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios'.

En relación con la interpretación de las disposiciones citadas, se han planteado los interrogantes que se exponen a continuación:

1º El artículo 19 de la Ley 57 de 1985 ordena que las copias de las actuaciones disciplinarias 'incluirán siempre las de los documentos en que se consignen las explicaciones de las personas inculpadas'. Esa previsión tiene por fin proteger la honra de los empleados públicos acusados, evitando la publicidad de las quejas y de las diligencias previas hasta tanto no proceda la formulación de cargos y presente las explicaciones de los inculpados. En consecuencia, se pregunta si la entidad que adelanta el disciplinario debe abstenerse de expedir copias o de permitir a terceros el examen de las actuaciones, mientras no se produzcan las explicaciones de las personas acusadas.

2º Teniendo en cuenta la excepción de la reserva del sumario prevista por el artículo 313 del Código Penal y la reserva parcial de los documentos consagrados en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 57 de 1985 y en el inciso tercero del artículo 29 del Código Contencioso Administrativo, se pregunta: Los documentos procedentes del sumario son reservados o pierden tal carácter al ser incorporados a las investigaciones disciplinarias, pudiendo expedir copias de los mismos y ser examinados por terceros".

Consideraciones:

I. Las actuaciones administrativas son públicas, salvo las taxativas excepciones que establezcan la Constitución y la ley, según expresión del artículo 8º de la Ley 58 de 1982 y en los términos que contemplan los Capítulos IV y VIII, Libro 1º, Título 1º del Código Contencioso Administrativo, cualquier persona tiene derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren y a obtener copias y certificaciones sobre los mismos.

"Sin embargo, la petición se negará si la solicitud se refiere a alguno de los documentos que la Constitución Política o las leyes autorizan tratar como reservados. La decisión negativa será siempre motivada (art. 19 *ibídem*).

"Con los documentos, que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan carácter de reservados, y obren dentro de un expediente se hará cuaderno separado" (art. 29 *in fine*).

Por su parte, la Ley 57 de 1985, reiteró en su artículo 12 que:

"Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución y la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional".

Las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario no están sometidas a reserva como lo declara la misma Ley 57 de 1985, en su artículo 19, y por ello previene a los funcionarios que incluyan siempre en las copias que expidan a solicitud de los particulares, las de los documentos donde se consignen las explicaciones de las personas inculpadas.

"Si un documento es reservado el secreto se aplicará exclusivamente a dicho documento y no a las demás piezas del respectivo expediente o negocio" (parágrafo - art. 19, Ley 51 de 1985).

Cuando la norma en cita proviene al funcionario investigador que incluya siempre en las copias que expida de su actuación, a los particulares, las de los descargos del investigado, no está estableciendo otra excepción al régimen de publicidad de la investigación ni extendiendo el carácter de reserva a documentos que no la tienen ni hacen relación a la defensa o seguridad nacional. La posibilidad de examinar los expedientes en el estado en que se encuentren y de obtener las copias y certificaciones sobre los mismos, connaturales al régimen de publicidad propio de la actuación administrativa o disciplinaria, únicamente está vetada cuando la solicitud del particular se refiera a alguno de los

documentos que la Constitución Política o las leyes autorizan tratar como reservados.

La excepción derivada de este tratamiento, funda la decisión negativa de la administración, en los términos de los artículos 19 del Código Contencioso Administrativo, ya transcrito y 21 de la Ley 57 de 1985; al tenor de este último.

"La administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos a la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales pertinentes. Si la persona interesada insistiere en su solicitud, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos decidir en única instancia si se acepta o no la petición formulada o si se debe atender parcialmente. Ante la insistencia del peticionario para que se le permita consultar o se le expida la copia requerida, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al Tribunal para que éste decida dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Se interrumpirá este término en el caso de que el Tribunal solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir y hasta la fecha en la cual los reciba oficialmente".

Tan celosa regulación de la actuación de la administración frente al particular, contenida en el texto transcrito, ha de compaginarse con la aplicación del artículo 19 de la misma ley, en el sentido prevalente de mantener el carácter públicos de las investigaciones de carácter disciplinario y no en el restrictivo de contener la expedición de las copias mientras no se produzcan las explicaciones o descargos del funcionario investigado. El presunto amparo o protección contra el posible efecto degradante de la publicidad sobre una situación disciplinaria no llega a constituir otra fuente de reserva que autorice negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos, con fundamento en los artículos 19, 20 y 21 de la citada Ley 57 de 1985.

Si algún documento relacionado con la investigación disciplinaria es reservador, el secreto se aplica exclusivamente a dicho documento, pero las demás piezas del respectivo expediente siguen sujetas al régimen común de su publicidad, contra el cual resulta inoponible otra circunstancia o evento independiente del carácter secreto que a determinados documentos haya atrbuido, por excepción, la ley. Así, la imposibilidad de incluir copia de los descargos del funcionario investigado, no impide atender la petición formulada sobre expedición de copias de otras actuaciones, porque, fuera de la restricción que implicaría en el ámbito público del proceso disciplinario, bloquearía la interpretación de sus normas, factible con referencia al derecho administrativo y con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico, como lo dispone el artículo 1º de la Ley 13 de 1984.

La investigación disciplinaria, regulada en la ley y reglamentada por el Decreto 482 de 1985 puede tener etapas que implican inmediatos descargos verbales o escritos (art. 21 *ibídem*), o práctica de pruebas y formulación de cargos, dentro del término fijado para adelantarla, hasta la recepción de descargos y el cierre de la misma, cuando se considere perfeccionada (art. 37 *ibídem*). Y está prevista aún la orden de reabrir la investigación, si se considera incompleta (art. 39), sin

que el término para culminarla pueda exceder de sesenta (60) días, cuando el empleado investigado es suspendido provisionalmente.

No tendría sentido que en estos eventos, previos a los descargos, el acceso ciudadano a documentos que no tienen carácter reservado ni hacen relación a la defensa o seguridad nacional, quedará en suspenso por virtud del artículo 19 de la Ley 57 de 1985, como no lo tiene en el caso de investigación de faltas cometidas por funcionarios retirados del servicio, o en el evento de que el investigado no se presente a notificarse de los cargos o no presente descargos ni solicite la práctica de pruebas previstos por los artículos 32 y 33 del Decreto 482 de 1985.

No obstante unos y otros, la investigación prosigue hasta su culminación, sin que el acceso a ella pueda restringirse con fundamento en no haber presentado descargos el investigado y resultar materialmente imposible expedir copia de esta actuación, para agregarla a otra que el particular haya solicitado.

De otra parte, la autoridad correspondiente debe autorizar la consulta de documentos oficiales y la expedición de copias en un término de diez (10) días. "Si en ese lapso no se ha dado respuesta el peticionario se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada. En consecuencia, el correspondiente documento será entregado dentro de los tres (3) días inmediatamente siguientes".

"El funcionario renuente será sancionado con la pérdida del empleo", concluye el artículo 25 de la Ley 57 de 1985.

La perentoriedad de los términos de esta disposición y su conminación rigurosa, excluye, de plano, la aplicación condicionada del artículo 19 de la misma Ley 57, por parte del investigador de la falta disciplinaria, hasta cuando el investigado presente sus descargos.

De consiguiente la copia o consulta debe expedirse o facilitarse de conformidad con el estado en que se halle el informativo en el momento en que deba atenderse lo solicitado, salvo tratándose de documentos reservados por la Constitución Nacional o la ley.

La determinación de este criterio, extraído del contexto legal, resulta indispensable porque el proceso disciplinario necesita operar con conceptos claros y referencias precisas a la valoración integral de su objetivo, y porque el acceso de toda persona a documentos sin reserva sólo puede restringirse con fundamento en excepción legal expresamente consagrada.

II. Aprecia la Sala, con fundamento en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 57 de 1985, que cuando un documento es reservado, el secreto se aplica a dicho documento y corresponde a la autoridad que lo solicite, conforme al artículo 20 de la misma ley, asegurar la reserva del que llegue a conocer en ejercicio de sus funciones. Por eso el artículo 29 del Código Contencioso Administrativo, en su tercer inciso, ordena formar cuaderno separado con los documentos que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan carácter de reservados y obren dentro de cualquier expediente.

Y configura falta disciplinaria, sancionada con destitución, "dar a conocer indebidamente documento o noticia que el empleado deba mantener en secreto o reserva", al tenor del artículo 15, numeral 17 de la Ley 13 de 1984 y del artículo 48, numeral 17 del Decreto 482 de 1985.

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

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

EXTRADICION.—

1º Las peticiones de extradición que se hagan con fundamento en el tratado celebrado en 1979 entre Colombia y Estados Unidos, aprobado primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986 de conformidad con el artículo 8º de la Convención Interamericana aprobada por la Ley 74 de 1935 y con los artículos 9º, número 7, y 16 del primero de los mencionados tratados, deben resolverse por el procedimiento que al efecto prescribe el Código de Procedimiento Penal vigente.

2º Este PROCEDIMIENTO implica la obligación del Gobierno de remitir el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que, en garantía del derecho de audiencia y defensa, conceptúe favorable o desfavorablemente, no en forma inhibitoria, sobre la solicitud de extradición.

3º El Gobierno sólo puede conceder la extradición previo concepto favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4º Como el referido tratado, celebrado entre Colombia y Estados Unidos en 1979, está vigente según constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores, desde el 4 de marzo de 1982, cualquiera que sea la fecha de la solicitud de extradición, hecha con posterioridad a su entrada en vigor, la conclusión es la misma: El Gobierno sólo puede conceder la extradición previo concepto favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 105.

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

"Prescribe el Código Procesal Penal actualmente vigente, artículo 735, 'la oferta o concesión de la extradición es factultativa del Gobierno; pero requiere concepto previo y favorable de la Corte Suprema de Justicia'. En consonancia con este precepto, el artículo 746 del mismo Código añede: 'Una vez perfeccionado el expediente, el Ministerio de Justicia lo remitirá a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

en lo Penal, para que esta Corporación emita el concepto de que tratan los artículos 9º del Código Penal y 735 de este Código'.

"Con este fundamento normativo, el Gobierno ha venido solicitando el concepto de la honorable Corte, y la Sala de Casación Penal invariablemente venía emitiendo su dictamen. Sin embargo, tratándose de extradición hacia los Estados Unidos de América, la Corporación modificó su doctrina tradicional en providencia del 17 de febrero pasado, referida a la extradición del señor Víctor Eduardo Mera Mosquera, anexa a esta comunicación. Dijo entonces que:

> " 'Está claro que las solicitudes sobre extradición antes del 12 de diciembre de 1986, se tramitan y definen conforme a las regulaciones de los convenios de 1888 (Ley 66 de 1888) y de 1940 (Ley 8 de 1943), en los cuales no se ha previsto para nada la intervención de esta Sala.
>
> En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expresa que las diligencias de extradición del colombiano Víctor Eduardo Mera Mosquera, corresponde al Gobierno de manera exclusiva y en forma absolutamente discrecional, decidir si accede a esta petición, o la rechaza.
>
> El Gobierno, pues, procederá libremente a tomar la determinación que juzgue pertinente, no siendo procedente el concepto solicitado a esta Corporación'.

"En varios negocios posteriores, se reafirmó este criterio, entre ellos el relativo a la señora Ana Rodríguez de Tamayo, también adjunto a esta comunicación.

"Para formular el interrogante que a continuación se expresará, el Gobierno se fundamenta en el Código Contencioso Administrativo, artículo 98, numeral 2. Este precepto le atribuye competencia a la Sala de Consulta y Servicio Civil para 'absolver las consultas jurídicas, *de orden administrativo,* generales o particulares que le someta el Gobierno...'. No cabe duda que las decisiones del Gobierno mediante las cuales se deciden las solicitudes de extradición tienen carácter administrativo.

"Efectuadas estas sumarias consideraciones, el Gobierno Nacional, por mi intermedio, plantea el siguiente interrogante:

> "¿Puede el Gobierno Nacional conceder extradiciones hacia los Estados Unidos de América, formuladas antes del 12 de diciembre de 1986, sin que haya concepto previo favorable de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal?".

La Sala considera:

1º La Sala, mediante auto del 12 de marzo en curso, solicitó al señor Ministro de Relaciones Exteriores que se sirva certificar si el tratado celebrado entre Colombia y los Estados Unidos, que se aprobó primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986, se encuentra o no vigente, y si está o no en vigor la Convención Interamericana aprobada por la Ley 74 de 1935. El Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante comunicación número 0508 del 19 de marzo de

1987 de la Jefe de la División de Asuntos Jurídicos, contestó afirmativamente, es decir, que los referidos tratados se encuentran vigentes. Respecto del tratado celebrado entre Colombia y los Estados Unidos el 14 de septiembre de 1979 y aprobado mediante la Ley 27 de 1980, según la misma comunicación, "el canje de los instrumentos de ratificación, formalidad prevista en el artículo 21 del tratado para su entrada en vigor, se efectuó el 4 de marzo de 1982", el cual además "fue promulgado, de conformidad con la Ley 7ª de 1944, mediante Decreto 1781 del 17 de junio de 1982", así mismo se hace constar que, "en acatamiento de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 1986 por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la República sancionó nuevamente —el 14 de diciembre de 1986— la ley aprobatoria del tratado de extradición, reproduciendo íntegramente la Ley 27 de 1980" y que "estando vigente el tratado desde la fecha del canje de los instrumentos de ratificación, no fue necesario efectuar un nuevo canje con posterioridad a la segunda sanción".

Respecto de la Convención Interamericana, a que se ha hecho referencia, se hace constar que "fue aprobada mediante Ley 74 de 1935" y que "el depósito del instrumento de ratificación se efectuó el 22 de julio de 1936 y la Convención entró en vigor para Colombia treinta días después del depósito, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de dicho instrumento".

2º La Sala considera que la constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores acredita, con las leyes que los aprobaron, la existencia de los referidos tratados, tanto porque a esa entidad le incumbe el manejo de las relaciones diplomáticas como porque, por esa misma causa, en ella reposan todos los documentos y constancias relativos a los mismos tratados.

Por otra parte, la comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores también hace constar que el tratado celebrado por Colombia con los Estados Unidos el 14 de septiembre de 1979 y aprobado primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986, se encuentra vigente "desde la fecha del canje de los instrumentos de ratificación", lo que hizo que no se considerara necesario efectuar un nuevo canje con posterioridad a la segunda sanción. De manera que, conforme al referido documento, este tratado se encuentra en vigor, sin solución de continuidad, desde el 4 de marzo de 1982.

3º Según el artículo 141, ordinal 1º, de la Constitución, el Consejo de Estado debe "actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración". Ejerce esta atribución, de conformidad con el artículo 98, número 2 del Decreto-ley 01 de 1984, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

Como expone el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la consulta que hace a la Sala tiene carácter administrativo, en cuanto implica resolver un problema relacionado con la manera de ejecutar los tratados que, según constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentran vigentes.

4º El artículo 733 del Código de Procedimiento Penal dispone que "corresponde a la Rama Ejecutiva, por medio del Ministerio de Justicia, ofrecer o conceder la extradición de un proceseado o de un con-

denado en el exterior, en los casos autorizados por el Código Penal, y establecer el orden de precedencia cuando hubiere varias demandas de extradición".

El artículo 17 del Código Penal dispone que "la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos" y que a falta de ellos "el Gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal".

Sin embargo, específicamente prescribe que "la extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en tratados públicos" y que "en ningún caso Colombia ofrecerá la extradición de nacionales, ni concederá la de los sindicados o condenados por delitos políticos".

De lo expuesto se deduce que en modo alguno se puede conceder la extradición de nacionales condenados por delitos políticos; que el Gobierno no puede ofrecer la extradición de nacionales y que ésta, en los casos en que no está prohibida por la ley, debe someterse "a lo previsto en los tratados públicos". La extradición de extranjeros, en defecto de tratados públicos, se rige por lo prescrito por el Código de Procedimiento Penal.

5º El tratado celebrado entre Colombia y Estados Unidos, por ser posterior y tener carácter especial para los dos países, según el artículo 30 de la Convención de Viena —sobre el derecho de los tratados— que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985, prevalece, en cuanto a su contenido, sobre la Convención Interamericana aprobada por la Ley 74 de 1935; sin embargo, ésta también debe aplicarse "en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con el tratado posterior".

En este orden de ideas, la Sala considera que las solicitudes de extradición a los Estados Unidos, hechas con fundamento en el tratado celebrado por este país y Colombia en 1979 y aprobado primero por la Ley 72 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986, deben resolverse en la forma prescrita por el artículo 8º de la Convención Interamericana, aprobada por la Ley 74 de 1935, que textualmente prescribe:

"El pedido de extradición será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido; y, ya corresponda, según ésta al Poder Judicial o al Poder Administrativo. El individuo cuya extradición se solicite podrá usar todas las instancias y recursos que aquella legislación autorice".

Por consiguiente, el artículo 8º de la Convención Interamericana sobre extradición remite al procedimiento prescrito por la legislación interna de cada país para resolver las solicitudes de extradición. En el caso colombiano ese procedimiento corresponde al Título IV, Capítulo III del Código de Procedimiento Penal vigente.

6º Además, lo expuesto se corrobora por los artículos 9º, número 7, y 16 del tratado de extradición celebrado en 1979 entre Colombia y los Estados Unidos —aprobado primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986—, que prescriben, respectivamente, que "el Estado requerido estudiará la documentación presentada en apoyo de la solicitud de extradición para determinar si reúne los

requisitos legales, *antes de someterla a las autoridades judiciales...*" (la Sala subraya) y que "si las leyes del Estado requerido no prohíben específicamente la extradición de la persona reclamada, y siempre y cuando dicha persona acceda por escrito y de manera irrevocable a su extradición después de haber sido informada personalmente por un juez o magistrado competente acerca de sus derechos a un procedimiento formal y de la protección que esto le brinda, el Estado requerido podrá conceder su extradición sin que se lleve a cabo el procedimiento formal". De manera que los dos preceptos transcritos hacen referencia, en su orden, a las "autoridades judiciales" que deban conocer de la solicitud de extradición y al "procedimiento formal" que se debe adelantar para resolverla, a menos que la persona reclamada, debidamente informada por un juez o magistrado competente, acceda por escrito a la "extradición simplificada", es decir, sin surtir el procedimiento formal. Este es el del Código de Procedimiento Penal, por remisión del artículo 8º de la Convención Interamericana sobre extradición, aprobada por la Ley 74 de 1935.

7º El procedimiento que se surte para resolver la solicitud de extradición comprende, entre otras actuaciones, la remisión del expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que emita el concepto a que se refieren los artículos 735 y 746 del Código de Procedimiento Penal. Según la primera de las mencionadas disposiciones, la concesión de la extradición, que es facultativa del Gobierno, "requiere concepto previo y favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia". Esto significa que los artículos 735 y 746 del Código de Procedimiento Penal le prescriben a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el deber de conceptuar, favorable o desfavorable —no en forma inhibitoria—, sobre la solicitud de extradición.

8º El concepto previo y favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es requisito indispensable para que se pueda conceder la extradición porque en él radica la garantía del derecho de audiencia y de defensa, mediante el examen, con participación de la persona solicitada en extradición, de todos los aspectos de hecho y de derecho que permitan deducir, motivadamente, si es o no procedente concederla. La inobservancia u omisión de este procedimiento implicaría desconocimiento del derecho universal de audiencia y de defensa.

De ahí que el artículo 16 del Tratado celebrado entre Colombia y los Estados Unidos, como se ha expuesto, sólo permita conceder la "extradición simplificada" a condición de que la persona reclamada, debidamente enterada "de sus derechos a un procedimiento formal y de la protección que esto le brinda", lo renuncie "por escrito y de manera irrevocable". Esto también explica que el artículo 735 del Código de Procedimiento Penal exija concepto previo y favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia porque, si fuere desfavorable, ello significaría que esa entidad no encontró mérito jurídico para que se disponga la extradición.

De todo lo expuesto se deducen las siguientes conclusiones:

1ª Las peticiones de extradición que se hagan con fundamento en el tratado celebrado en 1979 entre Colombia y los Estados Unidos, aprobado primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986, de conformidad con el artículo 8º de la Convención Interamericana aprobada por la Ley 74 de 1935 y con los artículos 9º, número 7, y 16 del primero de los mencionados tratados, deben resolverse por el procedimiento que al efecto prescribe el Código de Procedimiento Penal vigente.

2ª Este procedimiento implica la obligación del Gobierno de remitir el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que, en garantía del derecho de audiencia y de defensa, conceptúe favorable o desfavorablemente —no en forma inhibitoria—, sobre la solicitud de extradición.

3ª El Gobierno sólo puede conceder la extradición previo concepto favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4ª Como el referido tratado, celebrado entre Colombia y Estados Unidos en 1979, está vigente, según constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores, desde el 4 de marzo de 1982, cualquiera que sea la fecha de la solicitud de extradición, hecha con posterioridad a su entrada en vigor, la conclusión es la misma: El Gobierno sólo puede conceder la extradición previo concepto favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Jefe del Departamento Administrativo y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL "IFI".—

1º Creación.

2º Finalidad.

3º Naturaleza.

4º Capital.

5º Inversiones hasta el 5% de su capital, en bonos industriales.

6º Inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria.

7º Objeto principal de la institución.

8º Régimen.

9º Vigilancia fiscal. ¿A quién corresponde?

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República en el Instituto de Fomento Industrial —IFI—. Consulta.

Radicación número 112.

El señor Ministro de Desarrollo Económico formula a la Sala la siguiente consulta, previas las consideraciones que a continuación se expresan:

Fundamentos de la consulta

1ª El Instituto de Fomento Industrial —IFI— creado por el Decreto 1157 de 1940 se encuentra sometido al doble control que sobre sus operaciones ejercen tanto la Superintendencia Bancaria como la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto en cita en lo que a la Superintendencia Bancaria se refiere y de conformidad con lo establecido por la Ley 20 de 1975 en lo referente a la Contraloría General de la República.

2ª El artículo primero de los estatutos del IFI, aprobados mediante Decreto 166 de 1986, definen a la entidad como una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico, vinculación que fue ratificada mediante el literal q) del artículo 25 del Decreto 152 de 1976: "Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Desarrollo Económico". Cabe anotar que por pertenecer más del 90% de su capital al Estado, el régimen jurídico del instituto es el

previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 y el artículo 3º del Decreto 130 de 1976.

3ª El artículo primero de la Ley 16 de 1963 determinó que el Instituto de Fomento Industrial —IFI— podrá realizar todas las operaciones de las corporaciones financieras y gozar de las ventajas establecidas para estas. El régimen de funcionamiento de las corporaciones financieras se encuentra determinado por el Decreto 2461 de 1980 y por el Decreto 3277 del mismo año. El artículo 1º del Decreto 2461 de 1980 definen a las corporaciones financieras como establecimientos de crédito.

4º La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 25 de abril de 1974, al declarar inexequible el inciso 2º del artículo 41 del Decreto 3130 de 1968 formuló precisiones sobre el alcance y contenido de los controles a que se encuentran sometidos los establecimiento de crédito y las compañías de seguros de orden estatal, precisiones de las cuales debe destacarse para efectos de la presente consulta su criterio según el cual sobre las entidades descentralizadas la Carta Política y las leyes establecen varios controles entre otros los siguientes a saber: I. El administrativo, o control de tutela, que en el caso del IFI se ejerce directamente por el Ministerio de Desarrollo Económico o indirectamente por medio de la Superintendencia Bancaria todo ello bajo la vigilancia y responsabilidad del Presidente de la República, quien es la suprema autoridad administrativa. II. El Fiscal, referente a la ejecución presupuestal, de carácter técnico, numérico legal y no administrativo, en cabeza de la Contraloría General de la República. En este aspecto y dentro del fallo en cita, acoge la Corte Suprema de Justicia lo expresado por el honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 11 de febrero de 1971 y según el cual "... es contrario a la Constitución asignar el control fiscal a entidad distinta a la Contraloría y ... no se puede evitar ese control, porque exista una inspección administrativa ejercida por una Superintendencia".

Precisa la Corte en fallo de 25 de abril de 1974 que sobre las entidades descentralizadas puedan coexistir varias modalidades de control sin que estos se excluyan y opongan entre sí, teniendo cada uno su propia e independiente reglamentación de la de los demás, siendo ejercido por organismos diferentes y agrega que: "Los establecimientos de crédito y las compañías de seguros del orden nacional, en cualquier modalidad en que se encuentren, así sean empresas industriales o comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas de la Administración que son, están sujetas al control fiscal de la Contraloría General de la República, directa o indirectamente ..." (Sentencia citada).

5ª Cabe anotar que la Contraloría General de la República ejerce sobre el IFI en la actualidad las labores de control en forma directa en los términos de lo dispuesto en la Resolución orgánica número 0011512 de 28 de febrero de 1986.

6ª A su vez, los artículos 22 a 24 de la Ley 20 de 1975 establecen las normas con arreglo a las cuales la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal sobre las entidades financieras del Estado, una

de las cuales es el IFI, en los términos de las normas legales de su creación y operación tal como quedó expresado en las consideraciones 1ª, 2ª y 3ª de este documento. La conclusión que se deriva de las normas citadas de la Ley 20 de 1975 es la de que la labor de fiscalización de estas entidades se debe llevar a cabo consultando las necesidades que de acuerdo a su modalidad se requieran para alcanzar sus fines sociales (art. 22), para lo cual la Contraloría deberá practicar visitas periódicas a las oficinas de *Revisión* o *Auditoría Interna* —se subraya— de las entidades (art. 23), cuyos balances deberán ser analizados y aprobados por el Jefe de la Unidad de Trabajo Especial que para tal efecto se establezca (art. 24), procedimientos que riñen con la labor que en la actualidad adelanta la Contraloría General de la República, que cumple la labor fiscalizadora en los términos de lo dispuesto en la Resolución orgánica número 0011512 de 1986 y a la cual se hizo referencia en la consideración 5ª que precede.

Planteada la situación de orden legal contenida en las consideraciones que anteceden, este Despacho desea conocer el acertado criterio de esa honorable Sala sobre los siguientes aspectos:

1. Es el Instituto de Fomento Industrial —IFI— creado por el Decreto 1157 de 1940 y autorizado por la Ley 16 de 1963, para realizar todas las operaciones de las corporaciones financieras, un establecimiento de crédito o una entidad financiera del Estado, sin perjuicio de la calidad de sociedad de economía mixta que le atribuye el artículo primero de sus estatutos, aprobados mediante el Decreto 166 de 1969?

2. Es aplicable al Instituto de Fomento Industrial —IFI— el régimen de vigilancia por parte de la Contraloría General de la República establecido en los artículos 22 a 24 de la Ley 20 de 1975 como establecimiento de crédito o entidad financiera del Estado o, por el contrario, le es aplicable el control fiscal previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de vigilancia fiscal, dispuesto en la Resolución orgánica 011512 de 28 de febrero de 1986 de la Contraloría General de la República?

La Sala considera y responde:

1. El Instituto de Fomento Industrial fue creado mediante el artículo 30 del Decreto-ley 1157 de 1940 expedido con base en las facultades extraordinarias de la Ley 54 de 1939, con el fin de promover la fundación de empresas que la iniciativa y el capital particulares no hubieren podido por sí solos desarrollar.

El legislador previó la creación de tal entidad como una sociedad a la que asignó un capital inicial aportado por el Gobierno Nacional y por el Banco Central Hipotecario, autorizando el aumento de dicho capital mediante la suscripción de acciones por los bancos comerciales, entidades oficiales y por los particulares. Igualmente autorizó al instituto para invertir hasta el 5% de su capital en bonos industriales, que pudiere financiar el Banco de la República en caso necesario. Dadas las características y objetivos de la entidad creada, el artículo 31 del Decreto citado la sometió a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

2. El Decreto-ley 1419 de 1940 expedido con base en las mismas facultades extraordinarias conferidas por la Ley 54 de 1939 adicionó las disposiciones del Decreto 1157 en el sentido de precisar el objeto y finalidad de la entidad. Así el artículo 1º señala como objeto principal del instituto el de "prospectar y promover la fundación de nuevas empresas, colaborar en el establecimiento de las de iniciativa particular y contribuir al desarrollo y reorganización de las ya existentes, bien sea en la forma de aportes de capital, mediante la garantía de las obligaciones contraídas por ellas, o en cualquier otra forma".

3. De la definición dada por las normas creadoras de la entidad claramente se puede observar su característica de entidad financiera dedicada a la promoción, desarrollo y fomento de empresas industriales, mediante el aporte de capital o cualesquiera otra modalidad autorizada por el legislador. Reafirma su condición de entidad financiera del Estado la Ley 16 de 1963 al autorizar al Instituto de Fomento Industrial para realizar todas las operaciones de las corporaciones financieras; como es bien sabido estas entidades son establecimientos de crédito cuyo objetivo lo constituye la creación, transformación, reorganización de empresas manufactureras, agropecuarias y mineras, y la captación de ahorro privado como medio para desarrollar esos objetivos.

4. El Decreto 166 de 1969 al adoptar los estatutos y definir la naturaleza del Instituto de Fomento Industrial como sociedad de economía mixta, actualmente sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado por ser este accionista mayoritario en más de un noventa por ciento (90%) de su capital, *tuvo por finalidad encuadrar tal entidad dentro de las formas jurídicas previstas en la reforma administrativa de 1968.* Mas esta definición en ningún momento afecta su carácter de entidad financiera del Estado sujeta a lo previsto en las normas de creación y en la Ley 16 de 1963.

El objeto señalado por el legislador al Instituto de Fomento Industrial no puede verse afectado por la adecuación que de este se haga dentro de las formas jurídicas adoptadas por la reforma administrativa de 1968 ya que ello no implica que abandone su carácter de entidad financiera.

5. El carácter de entidad financiera del Instituto de Fomento Industrial es determinante para el ejercicio de la vigilancia fiscal que corresponde a la Contraloría General de la República.

En efecto tal vigilancia deberá fundamentarse en los artículos 22, 23, 24, 26 y 27 de la Ley 20 de 1975 que señalan el alcance y el ejercicio del control fiscal que sobre "los establecimientos de crédito, compañías de seguros, almacenes generales de depósito, y además entidades financieras de Estado, que conforme a las leyes estén sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria ejerce la Contraloría General de la República".

En ejercicio del control fiscal, la Contraloría deberá sujetarse a lo prescrito en las citadas normas y no podrá aplicar a las entidades

financieras control distinto al previsto. Debe quedar claro que el ejercicio del control fiscal que la Contraloría ejerce sobre las entidades financieras del Estado es específico en razón de la naturaleza del objeto de dichas entidades.

En consecuencia, el Instituto de Fomento Industrial —IFI—, está sometido a la vigilancia fiscal que la Contraloría General de la República sólo puede ejercer con base en las normas citadas, por ser este una entidad financiera del Estado.

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

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

AGUAS DE USO PUBLICO. CONCESION DE PERMISOS PARA EXPLOTAR LOS LECHOS DE LOS RIOS. ADMINISTRACION.—

Competencia.

1º La competencia de los municipios atribuida por la Ley 51 de 1942, fue sustituida por la Ley 3ª de 1961, en el área de jurisdicción de la CAR en cuanto atribuyó a esta Corporación la función de administrar en nombre de la Nación las aguas de uso público y la concesión de permisos para explotar los lechos de los ríos. La misma competencia fue derogada por los artículos 6, 99 y 101 del Decreto-ley 2811 de 1974 —Código Nacional de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente— en cuanto regularon integramente la materia, pero sigue radicada en la CAR y circunscrita al área de su jurisdicción.

2º Derogada al competencia atribuida a los municipios por la Ley 51 de 1942, la competencia del INDERENA descrita en el artículo 37 del Decreto-ley 133 de 1976 y desarrollada en el artículo 38, numeral 3, aparte a) del mismo Decreto se sostiene, sin perjuicio de la que fue atribuida, por las leyes que las crearon, a las corporaciones regionales de desarrollo, existentes el 9 de febrero de 1978, conforme a lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 2ª de dicho año, y sin perjuicio, además de la competencia que leyes posteriores hayan atribuido a las nuevas corporaciones creadas desde entonces.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: Número 106.

La Jefe del Departamento Nacional de Planeación envía a la Sala la consulta que textualmente se transcribe:

"Con fundamento en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, me permito formular la siguiente consulta que reviste especial interés para la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR), establecimiento público, adscrito al Departamento Nacional de Planeación.

Como antecedentes de la consulta se consignan los siguientes: 1º La Ley 51 de 1942, establece en sus tres primeros artículos:

'Artículo 1º Los municipios procederán a suspender la explotación de canteras, areneras y elaboración de materiales para construcción, cuando de ello se derive peligro o perjuicio para las poblaciones, sus obras públicas, las edificaciones particulares o las aguas de uso público'.

'Artículo 2º No podrá concederse permiso para las explotaciones a que hace referencia el artículo anterior, sin previo concepto favorable de peritos, que acreditan la ausencia de dichos peligros o perjuicios'.

'El permiso deberá otorgarse por medio de resolución y en ésta se fijarán las condiciones técnicas en que se debe hacer la explotación'.

'Parágrafo: La omisión de cualquiera de dichas condiciones, ocasionará el cierre de las explotaciones a que esta ley se refiere, más las multas legales que el Municipio considere equitativas'.

'Artículo 3º Los propietarios de dichas empresas serán responsables ante los particulares o las entidades públicas, según el caso, de todos los perjuicios que puedan ocasionarse en cualquier tiempo por tales explotaciones y aun cuando haya habido permiso'.

2º En el año de 1961 se creó, mediante Ley 3ª, la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá —CAR— cuyo nombre, jurisdicción y funciones fueron adicionados por virtud de la Ley 62 de 1983.

El artículo 4º de la Ley 3ª, citada, establece:

'La corporación tendrá las siguientes funciones:

...

'g) Determinar el mejor uso de las tierras, señalando las zonas que deban destinarse a desarrollos urbanos, agropecuarios o industriales; o reforestación, a explotaciones mineras o a reservas para conservación de las aguas. Para tal efecto coordinará los planos reguladores de los municipios y del Distrito Especial y elaborará un plan maestro para toda su jurisdicción';

'l) Promover y llevar a cabo la conservación de los suelos y la reforestación';

'm) Promover la mejor y más adecuada exploración y explotación de los recursos mineros, pudiendo constituir o impulsar empresas destinadas a tal fin, y suscribir los aportes correspondientes';

"o) En fin, llevar a cabo todos los actos y celebrar todo los contratos tendientes al mejor cumplimiento de sus finalidades esenciales'.

La Ley 62 de 1983, al adicionar el artículo 4º de la citada Ley 3ª de 1961, le dio a la corporación estas otras funciones:

'p) Administrar y proteger los recursos naturales renovables conforme al Código Nacional de los Recursos Naturales Renova-

bles y de Protecеción al Medio Ambiente, a la Ley 23 de 1973, a sus decretos reglamentarios y demás normas que los desarrollen o adicionen, para lo cual se dota a la corporación de funciones policivas'.

'f) Determinar, dentro de su jurisdicción, las áreas en donde deban desarrollarse proyectos de reforestación y protección de recursos naturales, que por ley o reglamento deban adelantar otras entidades'.

3º En el año de 1968 y mediante Decreto-ley 2420 se creó el Instituto Nacional de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables —INDERENA—, cuyo nombre y funciones fueron modificadas y adicionadas por Decreto-ley 133 de 1976, cuyo artículo 38, establece:

'El instituto tiene las siguientes funciones:

'Regular el uso, aprovechamiento, comercialización y movilización y, en general, el manejo de los recursos naturales renovables, en todo el territorio nacional, para lo cual tendrá a su cargo:

"a) El otorgamiento, supervisión, suspensión, declaración de caducidad y renovación de las concesiones, permisos, autorizaciones, licencias y patentes, así como la supervisión de los usos que se ejercen por ministerio de la ley y del registro de los usuarios de los recursos naturales renovables';

'h) Organizar sistemas adecuados de control y vigilancia para velar por el cumplimiento de las normas relacionadas con los recursos naturales renovables e imponer las sanciones correspondientes en caso de contravención, para lo cual el instituto estará dotado de funciones policivas'.

4º A raíz de la expedición del Decreto-ley 133 de 1976, el honorable Consejo de Estado dio respuesta a la consulta que le formuló el Departamento Nacional de Planeación dictaminando que las Corporaciones Autónomas Regionales habían perdido a favor del INDERENA, algunas de sus competencias funcionales, como desarrollo de la expresión 'en todo el territorio nacional' que se repite en aquel Decreto-ley en varias de sus proposiciones. Posteriormente mediante la Ley 2ª de 1978 las Corporaciones Autónomas Regionales restablecieron sus competencias.

5º La competencia atribuida a los municipios por la Ley 51 de 1942, en materia de otorgamiento de permisos para el ejercicio de actividades relacionadas con el uso del suelo y demás recursos naturales afectados por la actividad extractiva en canteras, areneras, etc., parece que fue derogada, tácitamente, a favor del INDERENA, por los Decretos-leyes 2420 de 1968 y 133 de 1976. Lo propio respecto de las Corporaciones Autónomas Regionales que cumplen dentro del terreno de su respectivas jurisdicciones las funciones del INDERENA, en virtud de lo dispuesto por la Ley 2ª de 1978 y, en el caso de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, que hoy constituyen la jurisdicción de la CAR, por virtud de lo dispuesto en las Leyes 3ª y 62 de 1983.

Por lo expuesto, se concreta la presente consulta en los siguientes términos:

Perdieron los municipios a favor del INDERENA y, en su caso, de las Corporaciones Autónomas Regionales y de la CAR en particular, la competencia funcional para el otorgamiento de permisos o licencias referente al uso del suelo y demás recursos naturales relacionados con la industria extractiva en canteras, areneras, graveras o gravilleras, chircales y demás lugares de depósito de materiales de construcción según dan cuenta los antecedentes relacionados en esta consulta?".

Consideraciones:

I. Las explotaciones a que se refirió la Ley 51 de 1942 requerían permiso y condiciones técnicas de realización que garantizaran la ausencia de peligro o perjuicio para las aguas de uso público, para las poblaciones, sus obras públicas y las edificaciones particulares y la omisión de cualquiera de dichas condiciones impedía concesión del permiso o determinaba la suspensión o cierre de la explotación respectiva.

Tácitamente las disposiciones de la ley citada consultaban la necesidad de proteger el medio ambiente y el mejor manejo de los recursos naturales e implicaban restricciones y limitaciones al dominio privado y al uso de los recursos naturales. La explotación peligrosa de canteras y areneras y la elaboración de materiales para construcción, que entonces fue objeto de regulación, quedan ahora comprendidas por las regulaciones del Código Nacional de los Recursos Naturales, donde además de la extracción de materiales de arrastre, como piedra, arena y cascajo, específicamente prevista, lo está, en general, toda explotación de la cual se derive peligro grave o perjuicio para las poblaciones y las obras, o servicios públicos. Regulada así, totalmente, la materia en el Código, cuya expedición data del 8 de diciembre de 1974, se estima insubsistente a partir de entonces la Ley 51 de 1942, conforme a los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887. Y sustituida la competencia de los municipios por la de los gobiernos seccionales o de entidades públicas especializadas, en que el Gobierno Nacional delegue la ejecución de la política ambiental del Código, según facultad dada por el artículo 6º del mismo.

II. Por atribución directa otorgada por la Ley 3ª de 1961 la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá —CAR— conserva sus funciones en materia de administración, conservación y manejo de los recursos naturales en el área de su jurisdicción, sujetas desde luego a la política general del Gobierno Nacional en cuanto a protección ambiental y manejo de dichos recursos.

De ahí la finalidad de la Ley 62 de 1983, expresada en su artículo 3º, de armonizar la Ley 3ª de 1961 con los estatutos que rigen el manejo de los recursos naturales renovables en el país: La Ley 23 de 1973, el Código Nacional de los Recursos Naturales y sus decretos reglamentarios. Y la adición del artículo 4º de la Ley 3ª en el sentido de atribuir a la CAR la función de "determinar dentro de su jurisdicción las áreas en donde deban desarrollarse proyectos de reforestación y protección

de recursos naturales que por ley o reglamento deban adelantar otras entidades" (art. 3º, literal g).

Por demás el Acuerdo número 04 de 26 de enero de 1984, contentivo de los estatutos de la CAR, expedido por su Junta Directiva y aprobado por Decreto 1890 de 1984, concreta en su artículo 23, numeral 9 —funciones de Director Ejecutivo—, la de "otorgar concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de aprovechamiento y uso de los recursos naturales renovables y declarar la caducidad administrativa de los mismos en los casos a que haya lugar". Y en el numeral 12 del mismo artículo, la función de "sancionar las infracciones cometidas... por contravención a las normas del Código de Recursos Naturales ...".

Tales funciones comprenden, dentro de la genérica de la CAR sobre administración y protección de los Recursos Naturales Renovables conforme al Código respectivo, la aplicación de los artículos 99 y 101 del referido Código.

La Ley 62 de 1983, reafirmó la vigencia permanente de la Ley 3ª de 1961 y concurre al respaldo de la apreciación hasta aquí desarrollada para concluir, fundadamente, la respuesta a la cuestión objeto de la consulta:

1. La competencia de los municipios atribuida por la Ley 51 de 1942, fue sustituida por la Ley 3ª de 1961, en el área de jurisdicción de la CAR en cuanto atribuyó a esta corporación la función de administrar en nombre de la Nación las aguas de uso público y la concesión de permisos para explotar los lechos de los ríos. La misma competencia fue derogada por los artículos 6º, 99 y 101 del Decreto-ley 2811 de 1974 —Código Nacional de los Recursos Naturales y Protección al Medio Ambiente— en cuanto regularon íntegramente la materia, pero sigue radicada en la CAR y circunscrita al área de su jurisdicción.

2. Derogada la competencia atribuida a los municipios por la Ley 51 de 1942, la competencia del INDERENA descrita en el artículo 37 del Decreto-ley 133 de 1976 y desarrollada en el artículo 38, numeral 3, aparte a) del mismo Decreto se sostiene, sin perjuicio de la que fue atribuida, por las leyes que las crearon, a las corporaciones regionales de desarrollo, existentes el 9 de febrero de 1978, conforme a lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 2ª de dicho año, y sin perjuicio, además, de la competencia que leyes posteriores haya atribuido a las nuevas corporaciones creadas desde entonces.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta de la referencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CAPITULO SEGUNDO

REVISION DE CONTRATOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONCEPTO DEL CONSEJO DE ESTADO QUE LO DECLARA AJUSTADO A LA LEY. Normación que autoriza (arts. 50 del Decreto-ley 222 de 1983, 253 y 256 del Código Contencioso Administrativo).

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Contrato de obras públicas celebrado entre el Fondo Vial Nacional y APA LTDA. Radicación número 075.

De conformidad con lo establecido en los artículos 50 del Decreto-ley 222 de 1983, 253 y 256 del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a revisar el contrato de obras públicas, celebrado entre el Fondo Vial Nacional representado por el Ministro de Obras Públicas y Transporte doctor Luis Fernando Jaramillo Correa y la firma APA LTDA. —Ingenieros Contratistas— representada por Humberto Rodríguez Gordillo.

Del estudio del respectivo expediente aparece:

Objeto del contrato. El contrato tiene por objeto, la ejecución por parte del contratista, por el sistema de precios unitarios de las obras que sean necesarias para la construcción del sector K0 + 000 (El Caimo) - K8 + 400 (Club Campestre) de la carretera Armenia - La Paila (Cláusula Primera).

Plazo del contrato. La obra se iniciará dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha del perfeccionamiento del contrato y su ejecución completa dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes, contados a partir de dicha fecha del perfeccionamiento (Cláusula Tercera).

Valor del contrato. El valor del contrato en revisión es de trescientos ochenta y cuatro millones doscientos un mil setecientos ochenta y seis pesos ($ 384.201.786.oo) moneda corriente (Cláusula Cuarta).

Autorización legal. El Fondo Vial Nacional es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, está facultado para celebrar este tipo de contratos por la Ley 64 de 1967 y el Decreto 1173 de 1980.

Existencia y representación del contratista. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 7º del Decreto-ley 222 de 1983, la sociedad APA LIMITADA Ingenieros Contratistas —APA LIMITADA—, acreditó me-

diante certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá, su existencia y representación legal (fls. 310 y 312).

Inhabilidades e incompatibilidades. En cumplimiento de la exigencia del artículo 14, inciso 2 del Decreto-ley 222 de 1983, el contratista manifestó en el contrato, bajo la gravedad del juramento, no encontrarse incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad (fl. 345).

También obra en el expediente, constancia de la no participación del contratista en la elaboración de los estudios y pliegos de licitación pública nacional, expedido por el subdirector de proyectos del Ministerio de Obras Públicas (fl. 325); certificado del secretario del Ministerio de Obras Públicas y Transporte mediante el cual manifiesta no encontrarse incurso en causal alguna de inhabilidades e incompatibilidades (fl. 326); certificación del Secretario del Ministerio de Obras Públicas de que los miembros de las Juntas de Licitaciones y Adquisiciones del organismo, declararon no hallarse incursos en causal alguna de inhabilidad e incompatibilidad (fl. 328).

Igualmente la asesora jurídica del Ministerio de Obras Públicas, certificó a folio 329, que la sociedad contratista estaba inscrita, calificada y clasificada en el registro de constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (art. 8º, numeral 4).

La sociedad contratista acreditó a folio 309 encontrarse a paz y salvo con el Tesoro Nacional, por concepto de impuesto sobre las ventas, renta y complementarios, a la fecha de la firma del contrato (art. 8º, numeral 5º del Decreto 222 de 1983).

Procedimiento de contratación. De acuerdo a lo estipulado en los artículos 29 y 30 del Decreto-ley 222 de 1983, el Fondo Vial Nacional procedió para la selección del contratista por el sistema de licitación pública nacional, cuya apertura fue ordenada por el Ministro correspondiente, mediante Resolución número 008243 de septiembre 27 de 1985 (fl. 33), se hicieron las correspondientes publicaciones de prensa en periódicos de amplia circulación (fls. 40, 41), según Acta número 042A el 5 de noviembre de 1985 se abrió la licitación y se cerró la urna y Acta número 042-C el 28 de noviembre de 1985 se cerró la licitación y se abrió la urna (fls. 248 y 254 respectivamente). De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 34 del Estatuto Contractual, el Ministro de Obras Públicas y Transporte, adjudicó el contrato a la firma APA LIMITADA, mediante Resolución número 12142 de diciembre 26 de 1985 (fl. 300), esta resolución fue debidamente notificada (fl. 301).

Disponibilidad presupuestal. El Jefe de la Sección de Presupuesto certifica en el folio 331 vuelto que se expidió el correspondiente registro presupuestal, el Departamento Nacional de Planeación, emitió concepto favorable para la celebración del contrato en revisión (fl 305) y la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, autorizó al Fondo Vial Nacional para celebrar el contrato (fl. 308).

En la cláusula novena del contrato, se pactó la sujeción a las apropiaciones presupuestales.

Cláusulas del contrato. Además de las cláusulas inherentes a su clase, se pactaron la de forzosa inclusión así:

Garantías. El contratista otorgó garantías por medio de Seguros del Estado para el cumplimiento del contrato y pago de salarios y prestaciones sociales. En los términos de la cláusula décima segunda, literales a) y d), y se compromete el contratista a garantizar el manejo, la buena inversión y devolución de los Fondos anticipados y la calidad y estabilidad de las obras ejecutadas, literales b y c) de la misma cláusula.

Las mencionadas pólizas de garantía fueron debidamente aprobadas conforme al artículo 48 del Estatuto Contractual (fl. 323).

Caducidad administrativa. En la cláusula vigésima del contrato se pactó la declaratoria de caducidad administrativa por parte del Fondo Vial Nacional por cualquiera de las causales enunciadas en el artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983.

Multas. El Fondo Vial Nacional en caso de mora en el cumplimiento del contrato, e incumplimiento parcial, podrá imponer multas hasta del 2% del valor total del contrato (cláusula vigésima primera).

Cláusula penal pecuniaria. En caso de declaratoria de caducidad por incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, se estipuló en el contrato, que el Fondo Vial Nacional, podrá cobrar al contratista por concepto de cláusula penal pecuniaria el 10% del contrato (Cláusula Vigésima Segunda).

Terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato. En las cláusulas décima séptima, décima octava y décima novena del contrato, se incluyeron los principios de terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato por parte de la Nación de acuerdo a lo estipulado en el Título IV del Decreto 222 de 1983.

Concepto del Consejo de Ministros. El Consejo de Ministros, previo estudio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, emitió concepto favorable a la celebración del contrato en estudio.

En consecuencia, examinada la autorización legal, la existencia de los funcionarios, su capacidad para intervenir, la existencia legal del contratista y observadas las estipulaciones de orden fiscal, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil *declara ajustado a la ley,* el Contrato número 479-86 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la sociedad APA LIMITADA —Ingenieros Contratistas— APA LTDA.

Publíquese en el *Diario Oficial* y páguese por el contratista el impuesto de timbre nacional.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO "DE ASOCIACION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO DE CORREO AEREO". CONCEPTO DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA DECLARACION DE ESTAR AJUSTADO O NO A LA LEY.

Normación que autoriza (art. 50 del Decreto 222 de 1983, 253 y 256 del Código Contencioso Administrativo). ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL. Naturaleza jurídica. Representante legal. Celebración de contratos. AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA "AVIANCA". Naturaleza jurídica. CONTRATACION DIRECTA para la celebración del CONTRATO DE ASOCIACION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO DE CORREO AEREO (art. 216 del Decreto 222 de 1983).

CONTRATO DE CONDUCCION DE CORREO. Diferencia con en anterior: CONTRATACION ADMINISTRATIVA. BENEFICIOS A ENTIDAD PUBLICA. No resulta conducente a los fines de la contratación administrativa, que la entidad pública que es parte de un contrato, reciba del contratista particular beneficios.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Contrato de Asociación número 028 de 1987 celebrado entre la Nación, Administración Postal Nacional ADPOSTAL y la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA. Radicación número 077.

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 98-1, 253 y 256 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984) y los artículos 50 y 252 del Decreto-Ley 222 de 1983, procede el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil a revisar el contrato de asociación para la prestación del servicio de correo aéreo número 028 de 1987, celebrado de una parte por la Nación, representada por el señor Presidente de la República doctor Virgilio Barco Vargas y el señor Ministro de Comunicaciones doctor Edmundo López Gómez y la Administración Postal Nacional, representada por su Director General doctor Carlos Adolfo Arenas Campos, y por la otra por Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA, representada por su Presidente doctor Orlando José Cabrales Martínez.

Del estudio del expediente aparece lo siguiente:

Objeto del contrato. El contratista, la empresa AVIANCA, se obliga para con la Nación y la Administración Postal Nacional a realizar la

prestación del servicio público de correo aéreo, a cargo exclusivo del Estado, en el interior del país y a prestar el servicio de correo aéreo desde y para el exterior (servicio tradicional, Express Mail Service, EMS y Correo Avión Prioridad Reducida, APR). Las diversas obligaciones del contratista y las diversas modalidades del servicio contratado tanto para el interior del país, como para el exterior, se detallan en las cláusulas primera y siguientes.

También se pacta que AVIANCA vende a ADPOSTAL de 8.055 Apartados Postales ubicados en los municipios cuyo servicio asumió íntegramente ADPOSTAL (Cláusula 5ª); la prestación conjunta por parte de AVIANCA y ADPOSTAL del Servicio de Correspondencia Agrupada CORRA para envíos que deban cubrir trayectos por vía aérea, total o parcialmente en el interior del país (Cláusula 13), y el transporte de despachos postales de correo nacional en las rutas aéreas nacionales servidas por AVIANCA (Cláusula 8ª).

Valor del contrato. El valor del contrato se ha fijado, para todos los efectos fiscales en la suma de cuatrocientos millones de pesos ($ 400.000.000.oo) Cláusula 2ª AVIANCA reconocerá y pagará a ADPOSTAL diversas participaciones en el producido de las varias modalidades de correo aéreo que comprende el contrato; en algunos eventos ADPOSTAL pagará a AVIANCA participaciones o el valor del transporte del correo nacional.

Plazo del contrato. El plazo del contrato es de dos (2) años contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento.

Autorización legal. El Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones representan a la Nación y pueden celebrar en su nombre contratos como el que se revisa. La Administración Postal Nacional es un establecimiento público del orden nacional, regido por los Decretos 3267 de 1963 y 195 de 1976, que tiene entre sus funciones la de ejercer a nombre del Estado el monopolio postal establecido en la ley; su representante legal, el Director General, puede celebrar contratos como el presente, aunque —en razón de la cuantía— necesita autorización de la Junta Directiva; en este caso tal autorización le fue dada por la Junta en sus sesiones del 5 y 12 de noviembre de 1985. En el expediente obra copia de las actas correspondientes (Decreto 195 de 1976, art. 6º, numerales 1º y 5º; 10; 21, numeral 10 y 26 numeral 4º).

Existencia y representación legal del contratista. El contratista, la empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A., AVIANCA, es una sociedad anónima, inicialmente constituida por escritura pública número 2374 de 1919 de la Notaría 2ª de Barranquilla; recibió su actual nombre mediante la escritura número 714 de 1940 de la Notaría 2ª de Barranquilla, cuyo extracto se registró en la Cámara de Comercio de Barranquilla, el 18 de junio de 1940 bajo el número 2145; su duración es de cien años contados desde 1919 y su objeto principal es la explotación comercial de los servicios de transporte aéreo. Según certificado del Secretario de la Cámara de Comercio, expedido el 27 de noviembre de 1986 (fl. 002). AVIANCA recibió permiso definitivo de funcionamiento por Resolución 552 del 9 de septiembre de 1946, dictada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, registrado el 19 de septiembre de 1950 bajo el número 336, y en la fecha aparece matriculada

bajo el Registro Mercantil número 6135; ha sido reformada por diversas escrituras otorgadas desde 1935 hasta 1985 y su actual representante legal es su presidente el doctor Orlando J. Cabrales Martínez.

Al folio 006 aparece copia del Acta número 2135 de la Junta Directiva de AVIANCA, en la cual consta la autorización dada por la Junta al representante legal para la suscripción del presente contrato.

Inhabilidades e incompatibilidades. El contratista ha manifestado en la cláusula trigésima que no se halla incurso en ninguna causal de inhabilidad o de incompatibilidad; se cumple así lo dispuesto en el artículo 14, incisos 2º y 3º del Decreto 222 de 1983. Esta manifestación se entiende hecha bajo juramento.

Por otra parte, al folio 007 aparece el paz y salvo con el Tesoro Nacional expedido a AVIANCA, válido hasta el 30 de junio de 1987.

Procedimiento de contratación. Se contrató directamente con AVIANCA, sin efectuar licitación, en vista de que tal procedimiento está previsto en el artículo 43, numeral 23, literal f) del Decreto-ley 222 de 1983 para la celebración del contrato de asociación para la prestación del servicio de correo aéreo de que trata el artículo 216 del mismo estatuto. Sin embargo, no se pactó exclusividad alguna en favor del contratista (Cláusula 28).

Cláusulas del contrato. Además de las cláusulas correspondientes a la naturaleza del contrato, se estipularon las siguientes de obligatoria inclusión:

Garantías. En la cláusula vigésima cuarta se pactaron garantías; en cumplimiento de dicha cláusula se han constituido las siguientes, mediante pólizas de seguro expedidas por la Compañía de Seguros La Nacional:

a) Póliza número 165787, expedida el 10 de febrero de 1987 con vigencia del 1º de mayo de 1987 al 1º de agosto de 1989, por cuarenta millones de pesos ($ 40.000.000.oo), (el 10% del valor del contrato), para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por AVIANCA (fls. 009 y 010);

b) Póliza número 165786, expedida el 10 de febrero de 1987, con vigencia del 1º de mayo de 1987 al 1º de agosto de 1989, por cuarenta millones de pesos ($ 40.000.000.oo) (10% del valor del contrato) para garantizar la calidad de los servicios prestados por AVIANCA en desarrollo del contrato (fls. 011 y 012);

c) Póliza número 165784, expedida el 10 de febrero de 1987, con vigencia del 1º de mayo de 1987 al 1º de agosto de 1992, por $ 80.000.000.oo (20% del valor del contrato) para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales por parte de AVIANCA al personal que emplee en desarrollo del contrato (fls. 013 y 014).

Las anteriores pólizas recibieron aprobación por parte del Jefe de la Oficina Jurídica de la Administración Postal Nacional (fl. 68).

Apropiación presupuestal. En la cláusula 26 se estipuló que, dada la índole de este contrato, que básicamente representa ingresos para ADPOSTAL y solamente genera egresos por concepto de la participa-

ción del 42% del producido del servicio "CORRA" a favor de AVIANCA, y del valor del transporte de encomiendas por el sistema APR, ADPOSTAL de conformidad con los artículos 46 y 66 del Decreto-ley 222 de 1983, está sujeta a la presentación del Registro de Apropiación Presupuestaria para atender dicho gastos, cuyo monto por la vigencia del contrato es de noventa millones de pesos ($ 90.000.000.oo).

Al efecto se ha aportado al expediente el certificado de reserva número 028 del 11 de febrero de 1987, expedido por el Jefe de la División de Presupuesto de la Administración Postal Nacional, según el cual se ha constituido una reserva presupuestal provisional de $ 90.000.000.oo imputada al rubro 1. D. 33, distribuida en 1987, 1988 y 1989; de dicha reserva corresponde al primero de los años mencionados la suma de $ 22.000.000.oo y a las vigencias de los otros dos, los valores restantes.

Caducidad administrativa. En la cláusula 21 se pactó que la Nación ADPOSTAL podrán —mediante solución motivada— declarar la caducidad del contrato si se presentaren las causales previstas en el artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983.

Terminación, modificación e interpretación unilaterales. Según las cláusulas 14, 15 y 16, se sujetó el contrato a la interpretación, modificación y terminación unilaterales por parte de la Nación - ADPOSTAL, en los términos que se expresan en dichas cláusulas.

Multas. En caso de incumplimiento parcial que, a juicio de la administración no dé lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, ADPOSTAL podrá imponer a AVIANCA multas hasta del 1% del valor del contrato (Cláusula 17).

Cláusula penal pecuniaria. Para el caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato, se establece una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor del mismo (Cláusula 23).

Cesiones y subcontratos. El contrato no podrá ser cedido ni transferido en todo o en parte a persona o entidad alguna, según se estipula en la cláusula 27, con lo cual se da cumplimiento a lo ordenado por el artículo 209 del Estatuto Contractual (Decreto-ley 222 de 1983). Pero, por otra parte, el contrato no implica establecimiento de exclusividad alguna a favor de AVIANCA y por lo tanto la Nación - ADPOSTAL se reserva el derecho de contratar con otras empresas la prestación del servicio de correo aéreo (Cláusula 28). Según el parágrafo 1º de la cláusula 1ª, ADPOSTAL autoriza a AVIANCA para subcontratar el complemento de transporte aéreo a todos los países, con otras compañías aéreas, con el fin de asegurar el intercambio de envíos postales a nivel mundial, vía aérea.

Aprobación por el Consejo de Ministros. El contrato materia de revisión recibió aprobación por parte del Consejo de Ministros; dicha aprobación fue impartida en sesión del 10 de marzo de 1987, previo estudio del Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (fls. 25 a 29).

En esta forma se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 252, inciso 2º del Estatuto Contractual.

Observaciones complementarias. Atendiendo al propósito de ir unificando los servicios postales en Colombia, de manera que el Estado, a través de ADPOSTAL, ejerza plenamente el monopolio postal que las leyes le confieren, el contrato que se revisa procede a unificar las cláusulas contractuales para el servicio de correo aéreo en asociación con AVIANCA. Para este efecto, deja sin vigencia los contratos números 099 de 1984 (junio 19) y 068 de 1986 (diciembre 4), suscritos entre las partes.

Habida consideración de que el contrato 068 estipula "la conducción, de despachos de correo por rutas aéreas nacionales", en la cláusula 8ª del contrato objeto de revisión se procede a regular el transporte de despachos postales de correo nacional en las rutas aéreas servidas por AVIANCA.

El Decreto-ley 222 de 1983 distingue entre el contrato de conducción de correos (art. 212) y el contrato de asociación para el servicio de correo aéreo (art. 216).

Mediante el contrato de conducción de correos, el contratista se obliga para con ADPOSTAL a *recibir, recolectar y distribuir* el correo nacional y requiere de licitación pública cuando su valor anual fuere superior a tres millones de pesos (art. 213, numeral 3º).

Es, pues, de la naturaleza del contrato de conducción de correos que el contratista asuma las actividades correspondientes a recibir, recolectar y distribuir la correspondencia ordinaria, certificada o asegurada, ya sea por vía aérea o de superficie, de un sitio a otro, sometiéndose a los itinerarios, frecuencias y horarios establecidos por la entidad contratante.

En la cláusula 8ª, AVIANCA asume el transporte aéreo del correo de ADPOSTAL, destinado a las ciudades enlazadas por sus rutas nacionales, hasta la cantidad de 950 toneladas, anualmente, con base en el correo entregado por la Administración Postal Nacional a AVIANCA; debiendo fijar las partes de común acuerdo los horarios para el recibo y entrega de los despachos de correo. En esta forma, el contrato no es en sentido estricto, de conducción. Por el contrario, tiene las características del de asociación, dadas las obligaciones que adquieren ambas partes en lo relacionado con la entrega de los despachos de correo en sacos debidamente cerrados y el recibo de los mismos.

Respecto de la cláusula décima-octava (18ª), se observa que contiene estipulaciones ajenas a la naturaleza de un contrato de asociación para el servicio de correo aéreo y, por tanto, carece de relación con el objeto del mismo. Dicha cláusula establece un descuento del 50% en el valor de los pasajes cuando los senadores o representantes viajan en las rutas nacionales de AVIANCA, en ejercicio de funciones oficiales; el servicio de abordo que requiera el señor Presidente de la República en sus desplazamientos en el avión presidencial, FAC 001, y el derecho del Gobierno, el Ministerio de Comunicaciones y ADPOSTAL, a un número de setenta (70), setenta (70) y ciento veinte (120) pasajes aéreos, respectivamente, por cada año de vigencia del contrato. La Sala considera que la expresión "AVIANCA establece", contenida en la cláusula 18ª, por una parte, y por la otra la circunstancia de que en este punto concreto no fueron pactadas contraprestaciones recípro-

cas de tipo asociativo, permite deducir que se trata de una liberalidad de AVIANCA aceptada por la Nación - ADPOSTAL de ahí que constituyan aspectos que más bien pudieran ser materia de una decisión voluntaria de la Junta Directiva de AVIANCA comunicada a los beneficiarios, o sí se prefiere, pactarse en un contrato de prestación de servicios (suscrito, en el caso relacionado con el Congreso, por el señor Ministro de Gobierno).

No resulta conducente por lo demás, a los altos fines de la contratación administrativa, que la entidad pública que es parte en un contrato, reciba del contratista particular beneficios de la naturaleza indicada.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, *se abstiene de declarar ajustado a la ley* el contrato número 028 celebrado entre la Nación - ADPOSTAL y la compañía AVIANCA, de fecha marzo 20 de 1987, para la prestación conjunta del servicio de correo aéreo, y ordena devolver el contrato a la entidad de origen con la observación relacionada con la cláusula décima-octava.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón Humberto Mora Osejo*, Con salvamento de voto; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO "DE ASOCIACION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO DE CORREO AEREO". CONCEPTO DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA DECLARACION DE ESTAR AJUSTADO O NO A LA LEY (Salvamento de voto).

Beneficios a entidad pública en la CONTRATACION ADMINISTRATIVA, CONTRATO DE ASOCIACION. Requisitos.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Contrato. Radicación número 077.

No comparto la decisión mayoritaria por las siguientes razones:

1º La cláusula 18ª del contrato, por la cual la sociedad contratante se obliga a rebajar los precios de algunos pasajes aéreos, en sí misma considerada, no es ilegal, porque ninguna disposición la prohíbe. Por consiguiente estimo que un motivo de inconveniencia no debió servir de fundamento a la decisión mayoritaria.

2º En cambio, considero que la Sala debió declarar que el contrato no se celebró de conformidad con la ley, por los siguientes motivos:

Según el artículo 216 del Decreto-ley 222 de 1983, "mediante el contrato de asociación para el servicio de correo aéreo, el Gobierno Nacional prestará en *forma conjunta con entidades públicas o privadas,* el servicio de correo aéreo tanto en el ámbito interno como en el internacional" (subrayo). Esto significa que las *entidades asociadas* para prestar el servicio interno y externo de correo deben *obrar de consuno, en tal forma que su actuación refleje claramente la asociación.* Este es un aspecto esencial del contrato de asociación que, si se contraría o desconoce, lo hace nugatorio.

Por consiguiente, estimo que, de conformidad con el artículo 216 del Decreto-ley 222 de 1983, el contrato de asociación, que motiva mi disentimiento, no podía facultar a ninguna de las partes para obrar autónomamente ni menos autorizarlas para subcontratar servicios que tengan por objeto el cumplimiento del contrato: *Según la disposición a que me refiero, se debió estipular que una y otra posibilidad sólo existe, de común acuerdo, para los contratantes asociados.*

Bogotá, 21 de mayo de 1987.

Humberto Mora Osejo.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

INSTITUCION FINANCIERA NACIONALIZADA. JUNTAS DIRECTIVAS. MIEMBROS (Nulidad).—

Ciertamente no era la intención manifiesta o velada, del Decreto legislativo número 2920 de 1982, la de que personas que nombra el Decreto reglamentario 0400 de 1986 queden sometidas "al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a directivas y administradores de instituciones financieras. POTESTAD REGLAMENTARIA. Limitaciones.

Declárase la nulidad del artículo 2º del Decreto 0400 de 6 de febrero de 1986 en la parte que dice: "... o que de alguna manera hayan sido apoderados de la misma o de sus antiguos accionistas. Tampoco podrán designar a quienes dependan económicamente de las referidas personas".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diez de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyecto: Doctor *Nelson Zuluaga Ramírez,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 216. Decretos del Gobierno. Actor: Leticia Margarita Gómez Paz.

La doctora Leticia Margarita Gómez Paz en su carácter de ciudadana colombiana y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, solicita se declare la nulidad del artículo 2º del Decreto reglamentario número 0400 de 6 de febrero de 1986 en la parte que dice: "Los Ministros no podrán designar personas... que en alguna manera hayan sido apoderados de la misma (entidad nacionalizada) o de sus antiguos accionistas. Tampoco podrán designar a quienes dependen económicamente de las referidas personas".

El acto acusado:

Mediante el Decreto 0400 de 6 de febrero de 1986, expedido por el Presidente de la República con las firmas de los Ministros de Hacienda, Agricultura, Desarrollo, Minas y Energía, "se reglamenta parcialmente el artículo 6º del Decreto legislativo 2920 de 1982". El artículo 2º del Decreto reglamentario es del siguiente tenor:

"Los Ministros no podrán designar personas que sean deudores morosos de la respectiva entidad nacionalizada o que de alguna manera

hayan sido apoderados de la misma o de sus antiguos accionistas. Tampoco podrán designar a quienes dependan económicamente de las referidas personas".

La demanda:

Anota la actora que mediante el Decreto legislativo número 2920 de 8 de octubre de 1982 se creó en Colombia la institución denominada "Nacionalización de las Instituciones Financieras", cuyo artículo 6º señala los siguientes efectos que produce la nacionalización.

a) El Presidente de la República adquiere el derecho a nombrar el representante legal; b) La Junta Directiva quedará integrada por cinco miembros, con sus respectivos suplentes así: Un representante del Presidente de la República; cuatro representantes de los diversos sectores económicos, designados cada uno por el Ministro de Hacienda y Crédito Público o por los accionistas de carácter oficial, si los hubiere; otro por el Ministro de Desarrollo Económico; otro por el Ministro de Agricultura; y otro por el Ministro de Minas y Energía; c) Los accionistas particulares perderán el derecho a participar en la administración de la institución y a recibir dividendos sobre sus acciones; d) La Nación garantizará a la institución a través del Banco de la República, recursos suficientes para atender todas las obligaciones adquiridas con accionista o terceros de buena fe; e) La institución, previo concepto motivado del Superintendente Bancario, podrá rechazar o dilatar el cumplimiento de obligaciones adquiridas en favor de administradores o accionistas, o de personas estrechamente vinculadas con ellas, cuando éstas hubieren sido adquiridas en operaciones ilegales, inseguras o sin buena fe que hayan dado origen a la nacionalización de la entidad; podrá también hacer exigibles de inmediato las obligaciones a cargo de estos, adquiridas en estas operaciones.

Dice el demandante que el Decreto 0400 de 1986, so pretexto de reglamentar el literal b) del artículo 6º del Decreto 2920 de 1982, creó en su artículo una inhabilidad particular, no prevista en la norma superior, con lo cual excedió la potestad reglamentaria.

Como normas violadas se citan el "numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional y por ello de los artículos 55 y 76 de la misma" y los artículos 23, inciso 3 y 24 de la Ley 16 de 1972 probatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "y consiguientemente de los artículos 76, ordinal 18 y 55 de la Constitución Nacional".

El concepto de la violación lo desarrolla en dos cargos. El primero hace referencia a la potestad reglamentaria de que trata el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y lo hace consistir en que, mediante el acto acusado "el Gobierno ha introducido so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria 'autoridades' que las hay en el orden administrativo, legislativo y jurisdiccional. En el caso que nos asiste me atrevo a concluir que es de competencia de estas últimas mas no de las autoridades administrativas, cuyas funciones se circunscriben a celebrar legalmente contratos de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión (según el Decreto 222 de 1983) y a ejercer el control debido en aras a la realización del objeto estipulado (primordialmente de la cláusula de la finalidad prevista por el artículo 208 del estatuto citado).

"Las controversias que surjan sobre derechos o sobre la forma de ejercerlos como consecuencia de actos jurídico privados, competen a los órganos jurisdiccionales ordinarios. Las funciones del Ministerio de Comunicaciones en este aspecto, consisten en 'orientar, plantear, contratar y registrar los servicios de las telecomunicaciones' (Decreto 129 de 1976) pero no en dirimir conflictos de carácter privado".

La demanda:

Refiere el demandante que en mayo de 1983 suscribió un contrato con la sociedad Tour de France, por el cual ésta otorgó derecho exclusivo a Caracol para la transmisión en directo del desarrollo de las etapas "Tour de France 1983" del 1º al 24 de julio de 1983. Que al iniciarse el citado "Tour" Radio Cadena Nacional empezó la transmisión de la competencia desde territorio francés, enterado de lo cual la sociedad Tour de France impidió que lo continuara haciendo, mas a pesar de esto "Radio Cadena Nacional" "instaló en Colombia equipos en que se tomaba la transmisión que estaba haciendo Caracol para radiodifundirla sin el consentimiento de aquella que era quien había contratado exclusivamente esta transmisión". En vista de lo anterior, el Gerente de "Caracol" dirigió una carta el 5 de julio de 1983 al Ministro de Comunicaciones solicitándole "protección de los derechos adquiridos por la solicitud gerenciada por él", habiendo dado respuesta el señor Ministro en el ya transcrito Oficio número 1194 de julio 15 del mismo año, comunicación de la cual se deduce que "el Ministerio de Comunicaciones niega tener competencia para prestar el amparo a su derecho solicitado por la sociedad Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A.".

Como normas violadas, se citan los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacoinal; 3º, 4º, 5º, 16 y 17 de la Ley 74 de 1966; 25, 71, 85 y 86 del Decreto 2085 de 1975; y 635 y 664 del Código Civil.

"a) El artículo acusado nada tiene que ver con la potestad discrecional del Superintendente Bancario para dar o no posesión a un Director, o representante legal de un establecimiento de crédito;

"b) La inhabilidad particular establecida por el artículo 2 del Decreto 0400 de 1986, nada tiene que ver con el artículo 6 del Decreto 2920 de 1982, y por consiguiente constituye su expedición una extralimitación fraglante (sic) de la potestad reglamentaria".

Por su parte la impugnadora reitera su tesis en pro de la legalidad y constitucionalidad del acto acusado y es así como afirma que "ni la designación de los sectores económicos entre los cuales pueden seleccionarse esos representantes, ni la enumeración de sus limitaciones para ejercer esos cargos (arts. 2º y 3º) excedían la materia objeto de reglamentación, sino que constituyen desarrollo de la misma".

Concepto fiscal:

Dice el señor Fiscal Primero de la Corporación, luego de referirse a los planteamientos de las partes y de citar jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la potestad reglamentaria de la que está investido el Presidente de la República que debe accederse a las pretenciones de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

El Presidente de la República dictó la norma acusada (art. 2º del Decreto reglamentario 0400 de 1986) con fundamento en las facultades que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, disposición que establece la llamada potestad reglamentaria y que es del siguiente tenor: "Corresponde al Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa ... 3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes". Del claro texto de la norma transcrita emanan las limitaciones que pesan sobre el Presidente de la República en el momento de adoptar las decisiones dirigidas a ejecutar la ley. Ellas deben tender exclusivamente a que la ley tenga "cumplida ejecución", esto es, que se realice en la práctica, de acuerdo con su sentido y con la voluntad del legislador, según emerja inequívocamente del texto legal. No puede por consiguiente el Decreto reglamentario crear situaciones no contenidas implícita o explícitamente en la norma que reglamenta ni tomar determinaciones que pugnen con su espíritu. En múltiples ocasiones se ha pronunciado esta Corporación sobre esta materia. Fuera de las jurisprudencias transcritas por las partes y por el señor Fiscal, cabe traer a colación lo dicho en fecha reciente por esta misma Sala:

"La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los desenvuelve en todos sus pormenores. Obviamente que el Gobierno, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, mal puede ampliar o restringir el sentido mismo de la ley que reglamenta dictando disposiciones nuevas, o suprimiendo las contenidas en la misma, puesto que ello ya no sería reglamentar sino legislar, como también lo ha sostenido en innumerables ocasiones esta Corporación... Por consiguiente es necesario, como lo ha explicado el Consejo de Estado, que el Gobierno al hacer uso de la potestad reglamentaria desentrañe el contenido implícito, el sentido mismo, la finalidad específica de la ley que reglamenta actuando con cierta desenvoltura y agilidad, lógicamente que *teniendo siempre en cuenta la prohibición de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca, ni los mismos fines de ella*" (Sentencia de 29 de noviembre de 1984. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 4429) (Subrayas de la Sala).

Expuestos los anteriores principios, se tiene que el artículo 6º del Decreto legislativo número 2920 de 1982 (norma que reglamenta la acusada), al disponer que los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Económico, de Agricultura y de Minas y Energía, designarán cada uno un miembro de la Junta Directiva de la institución financiera nacionalizada, sólo estableció una limitación en cuanto a la posibilidad de administración de tales entes, al disponer en el literal c) que los accionistas particulares no podrán participar en la misma. En cambio, el artículo 2º del Decreto reglamentario número 0400 de 1986, extiende la prohibición de administración a otras personas, cuando estatuye que los Ministros no podrán designar entre otros, a quienes hayan sido apoderados de la respectiva entidad nacionalizada o de sus antiguos socios o a quienes dependan económicamente de dichas personas. Ciertamente no era la intención, manifiesta o velada, del Decreto legislativo, la de que personas que nombra el Decreto reglamentario queden sometidas "al régimen general de inhabilidades e incompatibi-

lidades aplicable a directivos y administradores de instituciones financieras", como lo pretende la parte impugnadora.

Si el Decreto 2920 de 1982 sólo excluyó tajantemente a una sola categoría de personas, los accionistas particulares, de la administración de las entidades nacionalizadas, no podía la disposición reglamentaria, por razones de conveniencia o moralidad, como parece entenderlo la impugnadora, incluir en la mentada exclusión a otra clase de personas. Al haberlo dispuesto así procedió el Presidente de la República a "ampliar... el sentido mismo de la ley que reglamenta dictando disposiciones nuevas", con lo cual, huelga decirlo, incurrió en palmario quebranto del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Fuera de lo anterior, de existir una norma específica sobre inhabilidades para el ejercicio de los cargos, pues la Superintendencia de acuerdo con los poderes que le otorga la ley, la hará operar plenamente en cada caso.

Como de las precedentes consideraciones se sigue sin lugar a dudas que el acto acusado está viciado de nulidad, han de prosperar 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, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

Declárase la nulidad del artículo 2º del Decreto 0400 del 6 de febrero de 1986 en la parte que dice: "...o que de alguna manera hayan sido apoderados de la misma o de sus antiguos accionistas". Tampoco podrán designar a quienes dependan económicamente de las referidas personas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en reunión celebrada por la Sección Primera el día 27 de febrero de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez, Miguel Betancourt Rey, Ausente.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PROMULGACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.—
Artículo 43 del Código Contencioso Administrativo y 2º y 8º de la Ley 57 de 1985.
Declárase en nulidad del artículo 1º del Decreto reglamentario 3174 de 1983.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., quince de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Proyecto: Doctor *Luis Miguel Quiñones Franco,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 09. Actor: Carlos Galindo Pinilla.

Entra la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a decidir de fondo este proceso, iniciado por acción de nulidad simple instaurada por el ciudadano Carlos Galindo Pinilla contra el Decreto reglamentario número 3174 proferido el 18 de noviembre de 1983 por el Presidente de la República.

I. Antecedentes:

Con ocasión del sismo que afectó a la ciudad capital del Departamento del Cauca y a otras regiones de dicha sección territorial el día 31 de marzo de 1983, el Congreso de la República emitió la Ley 11 del mismo año, por la cual se creó la Corporación para la Reconstrucción y el Desarrollo del Departamento del Cauca, se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de Colombia para dichos fines y se dictaron otras disposiciones.

En desarrollo de las aludidas facultades el Primer Magistrado de la Nación expidió el Decreto extraordinario número 2489 de fecha 5 de septiembre de 1983. Y con fecha 18 de noviembre del mismo año, en ejercicio de la potestad reglamentaria de que trata el artículo 120, numeral 3º, de la Constitución Nacional, el Presidente de la República, con la firma del Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia, dictó el Decreto reglamentario número 3174, materia de la demanda instaurada en acción de simple nulidad que se está desatando, cuyo artículo primero preceptúa:

"Para efectos de gozar de los estímulos, servicios, privilegios y además 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, éstos acreditarán su calidad de tales mediante declaraciones extrajuicio, en las cuales conste expresamente que el interesado, sí es persona natural, residía en la 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".

El artículo 2º y último del Decreto en cuestionamiento, no cobijado por la acción interpuesta, dispone que "rige a partir de la fecha de su expedición" (que lo fue el 18 de noviembre de 1983). Tal Decreto fue publicado en la edición número 36388 del *Diario Oficial*, correspondiente al día 30 de noviembre del mismo año (Ver fl. 1º).

II. Ritualidad procesal:

En el caso *sub júdice* se ha observado a plenitud la ritualidad procesal establecida en la ley. Así, después de haber sido admitida la demanda (Ver auto de fls. 13 y 14), de haberse decretado la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 24 y ss.), de hacerse las notificaciones de rigor, de fijarse el negocio en lista, de haberse reconocido personería al demandante, darse a las partes el traslado legal para alegato de conclusión, haber alegado una de ellas (la actora), y emitir su concepto de fondo el colaborador del Ministerio Público, corresponde, pues, hacer el pronunciamiento de mérito y resolver lo pertinente.

III. Pretensiones del actor:

A folios 7 y siguientes aparece el texto del libelo de demanda que, en síntesis, expresa y pide:

En el encabezado del Decreto 3174 se indica expresamente que mediante el mismo se reglamenta parcialmente el Decreto extraordinario número 2498 de 1983, lo que significa que a través del acto acusado está haciendo uso el Presidente de la República de su potestad reglamentaria. Empero, el artículo 1º demandado no desarrolla tal potestad, sino que "carece de relación con la materia de que se trata, cuya normatividad fundamental y primaria ya estaba clara y perentoriamente establecida, en lo pertinente, en el numeral 7º del artículo 13 de la Ley 11 de 1983 y en el Decreto-ley 2498 que el Gobierno ha pretendido reglamentar". Tanto la Ley 11 como el Decreto-ley 2498 hablan y se refieren expresamente a "personas damnificadas" y a "personas que resultaron damnificadas" por el terremoto. El artículo 8º de este Decreto-ley "corroboró y subrayó la calidad de real damnificado, como presupuesto necesario e insoslayable para ser sujeto de los beneficios allí establecidos". Por lo cual "resalta con meridiana claridad que existe un marco legal trazado, tanto por el legislador ordinario como por el extraordinario, para el ejercicio de la potestad reglamentaria (...). El legislador para nada tuvo en cuenta los conceptos de domicilio, sede o residencia que eran inocuos en relación con el perjuicio real, toda vez que el daño podían haberlo sufrido personas o entidades residentes o domiciliadas en zona diferente a la afectada y así mismo, los domiciliados, residentes o con sede en la zona afectada podían no

haber experimentado un perjuicio real o efectivo. En cambio, el precepto reglamentario condiciona los beneficios de la ley a la residencia, al domicilio, o a la sede dentro de la zona afectada, con exclusión de la calidad fundamental de real perjudicado y deja al margen de éstos mismos beneficios a quienes sin residir, ni tener sede o domicilio allí, hayan sido efectivamente damnificados". La norma acusada "no sólo es contraria a la lógica, sino que además entraña violación manifiesta del precepto que se pretende reglamentar, al sustituir un concepto por otro completamente diferente". Por todo esto, la acusada es una disposición que no sólo transgrede en forma ostensible los artículos 120-3º y 76 de la Carta Política y 240 del Código de Régimen Político y Municipal, sino además y ya directamente el artículo 8º del Decreto-ley 2498 de 1983. Con base en lo anotado el peticionario impetra la suspensión provisional del acto acusado. Corolario natural de dichas expresiones del actor es su pedimento de nulidad del actor acusado.

IV. Suspensión provisional:

Mediante providencia de fecha 4 de julio de 1986 (fls. 24 a 35), con aclaraciones de voto de dos Consejeros, la Sala de Decisión de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa de la Corporación resolvió revocar el auto admisorio de la demanda en cuanto negaba la suspensión provisional por no sustentarse ésta expresamente en el respectivo acápite y remitirse a la demanda misma, y en su lugar decretó la medida precautelar extraordinaria.

V. Alegato de conclusión:

Solamente la actora alegó de conclusión (Ver fls. 41-42). En su escrito reitera que la disposición acusada se ubica por fuera de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida al Presidente de la República, no sólo por extralimitación de ésta, sino por el desconocimiento del marco legal que debía condicionar tal poder presidencial. Transcribe apartes de la providencia que ordenó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado y concluye pidiendo se decrete la nulidad expuesta en la demanda.

VI. La vista fiscal:

En su concepto de fondo, el colaborador del Ministerio Público comparte en su integridad la providencia que dispuso la suspensión provisional antecitada, reproduce buena parte de dicho proveído y termina impetrando la declaratoria de nulidad propuesta en la demanda.

VII. Consideraciones:

Breves serán las consideraciones o razonamientos que haya de hacer la Sala para adoptar la decisión de mérito que concluya este proceso, dados los claros presupuestos que se tomarán como fundamento decisorio.

Inicialmente debe destacarse el hecho consistente en que, no por constituir ya afincada práctica, deja de ser indudablemente antijurídica del Organo Ejecutivo Nacional del Poder Público, la de proferir disposiciones con el mandato imperativo de su vigencia a partir de su expe-

dición, sin que hayan llegado al conocimiento de la comunidad a la cual están dirigidas, al menos con la promulgación en el Diario Oficial, tal como ocurre en el caso *sub exámine*. Quizá por ello, aunque a posteriori para el caso *sub lite*, los artículos 43 del Código Contencioso Administrativo y 2º y 8º de la Ley 57 de 1985 coinciden en disponer que los decretos del Gobierno sólo regirán después de su publicación en el Diario Oficial.

Como lo hace el actor en su libelo suplicativo del auto inicial que denegó la suspensión provisional, basta con el cotejo gráfico de la doble columna para echar de ver el rebasamiento o la extralimitación en que ha incurrido el Gobierno Nacional con la expedición de la norma materia de la demanda, respecto del uso, en este caso del uso exorbitante y desbordado de la potestad reglamentaria, en orden a concluir sobre la clara ilegalidad, y consecuencialmente la inconstitucionalidad, siguiendo la tesis keiseniana, en que se halla inmersa la disposición atacada. Veamos:

Dice el artículo 8º del Decreto-ley número 2498 de 1983, reglamentado:

"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 cumplire para acreditar esa calidad, tanto en sede judicial como extrajudicial" (Lo destacado es del Despacho).

Expresa el artículo 1º del Decreto número 3174 de 1983, norma reglamentaria:

"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, éstos *acreditarán su calidad de tales mediante declaraciones extrajuicio, en las cuales conste expresamente que el interesado, si es persona natural, residía en la 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*". (Subrayas fuera del texto).

Las partes destacadas ponen esencialmente de relieve cómo la disposición reglamentaria excede la norma a la cual dice reglamentar. Mientras ésta cobija con los beneficios correspondientes a las personas que *por cualquier circunstancia debidamente demostrada haya resultado realmente perjudicadas como consecuencia del sismo*, aquella, la norma de inferior estirpe legal, como lo es la reglamentaria, agrega ilegalmente ingredientes nuevos, extraños al precepto del Decreto extraordinario. Y con ello, obviamente, quebranta en primer lugar el precepto reglamentado y vulnera el canon 120-3º de la Superley.

Están bien traídos los ejemplos dados por el accionante, como por la providencia que suspende provisoriamente el artículo atacado: "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 (sic) de carácter permanente, quedaría privado del amparo de los preceptos reglamentados. 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".

Y lo anterior, por cuanto el Decreto acusado, cobijado por la suspensión provisional en vigencia, exige que los damnificados del terremoto ocurrido en el Departamento del Cauca el día señalado, deberán acreditar mediante declaraciones extrajudiciales no solamente tal condición, sino además que en esas declaraciones juramentadas se haga constar de manera expresa que el interesado, *si es persona natural residía en la 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.* Lo anotado en subrayas no lo exige la disposición superior del Decreto extraordinario reglamentado, por lo cual resultan ciertas y fehacientes las transgresiones que a la ley y a la Constitución Política hace el Decreto reglamentario en su artículo demandado.

VIII. Conclusión:

Estas consideraciones precedentes son bastantes para inclinar a la Sala a decidir por la nulidad del artículo primero del Decreto reglamentario número 3174 proferido el 18 de noviembre de 1983 por el Presidente de la República y el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia, como en efecto se declarará.

IX. Decisión:

En mérito de los razonamientos que preceden, la Sección Primera 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, en consonancia con su colaborador fiscal,

Falla:

Declárase la *nulidad* del artículo primero del Decreto reglamentario número 3174 de 18 de noviembre de 1983.

Ejecutoriada esta sentencia, remítasela en copia autenticada a la Presidencia de la República y al Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

RECURSOS NATURALES RENOVABLES. EXPLOTACION O APROVECHAMIENTO.—

1º Formas: Permiso y concesión.

2º Duración.

3º El artículo 1º del Decreto 0498 de 1985, al establecer que el permiso para los aprovechamientos forestales persistentes tendrán una duración "no mayor de diez (10) años", no excedió el alcance del artículo 216 del Decreto-ley 2811 de 1974, por cuanto éste para nada menciona la duración de los permisos.

PRUEBA PERICIAL. FINALIDAD (art. 233 del C. de P. C.). Significado de la norma "ESPECIALES COMPORTAMIENTOS".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., trece de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyecto: Doctor *Nelson Zuluaga Ramírez,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 487. Decretos del Gobierno. Actor: María Teresa Garcés Lloreda.

La ciudadana colombiana María Teresa Garcés Lloreda, obrando en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, solicita que previos los trámites legales y con citación del Ministro de Agricultura y del Jefe del Departamento Nacional de Planeación, se declare la nulidad de la frase *"por un término no mayor de diez (10) años"*, contenida en el artículo 1º del Decreto número 498 de 20 de febrero de 1985.

El acto acusado:

Dictó el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Agricultura y del Jefe del Departamento Nacional de Planeación, el Decreto número 498 de 20 de febrero de 1985, "por el cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa del Decreto 1014 de 1982, reglamentario de los artículos 55, 60 y 216 del Decreto-ley 2811 de 1974", disponiendo en su artículo 1º: "El inciso primero del artículo 2º del Decreto reglamentario 1014 de 1982, quedará así: Serán objeto de permiso, los aprovechamientos forestales persistentes de bosques naturales o artificiales localizados en baldíos y demás terrenos de dominio público, por un término no mayor de diez (10) años".

La demanda:

Refiere la actora que el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias, "dictó el Decreto-ley 2811 de 1974, contentivo del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente", que "presenta una parte general que contiene disposiciones sobre los modos de adquirir el derecho de usar los Recursos Naturales Renovables de dominio Público, y una parte especial que se refiere a la regulación específica de cada recurso". Añade que "el artículo 50 del Código de Recursos Naturales (Título V, Capítulo I, Disposiciones Generales) dispone que las normas de este Título 'regulan de manera general' los distintos modos de adquirir el uso de los recursos naturales renovables, pero advirtiendo que es 'sin perjuicio de lo dispuesto especialmente para cada recurso' ". Que "el artículo 51 del mismo Código determina cuatro modos de adquirir el derecho al uso de los recursos, que son: Por ministerio de la ley, permiso, concesión y asociación", y que "dentro de las disposiciones generales, el artículo 54 del Código prevé la posibilidad de conceder permiso para el uso temporal de partes delimitadas de recursos naturales renovables de dominio público; y el artículo 55 establece que la duración del permiso no podrá exceder de diez años". Dice luego, que "el artículo 59 (Capítulo IV, Título V del Código, Disposiciones Generales), establece la posibilidad de otorgar concesiones, que se regularán por las normas de dicho capítulo, sin perjuicio de las disposiciones especiales que se contemplan para cada recurso. Al tenor del artículo 60, la duración de una concesión será fijada teniendo en cuenta la naturaleza y duración de la actividad económica para cuyo ejercicio se otorga, y la necesidad de que el concesionario disponga del recurso por un tiempo suficiente para que la respectiva explotación resulte económicamente rentable y socialmente benéfica". Dice más adelante que en la parte VIII "De la Flora terrestre", Título III "De los Bosques", Capítulo II "De los aprovechamientos Forestales", el artículo 211 define estos últimos como la extradición de productos de bosques, los cuales pueden ser persistentes, únicos o domésticos (art. 212). Destaca luego el contenido del artículo 216 que "determina que los aprovechamientos forestales persistentes pueden hacerse directamente o por administración delegada o mediante asociación, concesión o permiso. En su inciso segundo, el mismo artículo estable que el área y el término máximo serán determinados para cada concesión". Añade que "es lógico que la ley haya querido dar un trámite igual a la duración de todas estas modalidades de explotación de bosques, por cuanto en los aprovechamientos forestales persistentes se trata no sólo de la extracción de productos de un bosque sino también de la conservación del mismo mediante técnicas selvícolas que permitan la renovación del recurso, proceso que requiere el transcurso de un lapso considerable de tiempo, como se explica en el punto siguiente". Dice mas adelante: "El principal factor que afecta el rendimiento sostenido en un bosque bajo manejo, es el tiempo que se deje transcurrir entre la primera corta y la siguiente. En 10 años plazo máximo de los actuales permisos persistentes, de acuerdo con el decreto cuya nulidad se pretende, no es posible lograr que el volumen aprovechado sea sustituido por la masa de los diámetros procedentes o por la regeneración natural o artificial". Concluye afirmando que "la naturaleza misma del aprovechamiento forestal persistente hace que sea necesario un tiempo de

duración del mismo de por lo menos treinta (30) o más años. Por tanto, es lógico que el artículo 216 del Código haya establecido que éste término sea determinado para cada caso, ya se trate de permiso o concesión".

Al hablar luego de las normas violadas y del concepto de la violación, dice que "el acto administrativo acusado es violatorio de los artículos 120, ordinal 3º, 55 y 76 de la Constitución Nacional, así como del artículo 216 del Decreto-ley 2811 de 1974", por cuanto aquél, dado su carácter reglamentario excede del término del citado Decreto-ley en los siguientes aspectos:

"El artículo 216 del Decreto-ley 2811 de 1987 prevé que el área y el término máximo serán determinados para cada caso y por tanto no limita su otorgamiento a factores relativos a su duración ni al área del terreno".

"Así mismo, el artículo 1º del Decreto 498 de 1985 al limitar el tiempo de los permisos para los aprovechamientos forestales persistentes de bosques naturales o artificiales localizados en baldíos y demás terrenos de dominio público, a diez años, excede el Decreto-ley 2811 de 1974.

"En efecto, el artículo 55 del Decreto-ley 2811 que prevé que la duración del permiso no podrá exceder de diez (10) años, no es aplicable a los aprovechamientos forestales persistentes, por cuanto al tenor del artículo 50 las normas del Título V regulan de manera general los distintos modos y condiciones en que puede adquirirse por los particulares el derecho de usar los recursos naturales renovables de dominio público, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente para cada recurso.

"Y en la parte III del Decreto 2811, en su Título III De los Bosques, se encuentran regulados específicamente los aprovechamientos forestales (Capítulo II) y en el artículo 216 se dispone que el área y el término máximo serán determinados para cada concesión, o sea, para cada caso".

Culmina así este capítulo del concepto de la violación: "Al rebasar el Ejecutivo su potestad reglamentaria, incurrió en usurpación de funciones del legislador, con violación del artículo 120, ordinal 3º de la Constitución. Además, y de contera, violó el artículo 55 de la Constitución que establece la separación de funciones del Congreso, el gobierno y los jueces y el artículo 76 del mismo ordenamiento que atribuye al Congreso la facultad de hacer las leyes".

Impugnación de la demanda:

Se constituyeron en impugnadores, en sendos escritos, tanto el Departamento Nacional de Planeación, como el Ministerio de Agricultura, a través de apoderados. Dicen los apartes pertinentes del primero de ellos:

"Estudiada la norma que se afirma quebrantada, se observa como evidentemente ella expresa que, tratándose de aprovechamientos forestales persistentes, el área y término máximo deben ser definidos en cada caso particular, pero no cualquiera que sea el medio o mecanismo

jurídico utilizado para permitir el aprovechamiento, sino exclusivamente cuando se trata de concesión. En estas condiciones, como el artículo 216 del Decreto 2811 de 1974 prevé la determinación del área y término en cada caso particular, si se trata de concesión, y el artículo 1º del Decreto 498 de 1985, en cuanto modifica el inciso primero del artículo 2º del Decreto 1014 de 1982, se refiere solamente a los aprovechamientos forestales otorgados mediante permiso, no es aplicable en esta hipótesis la previsión legal de que los límites del área y del plazo sean fijados en cada caso particular, sino que es plenamente posible que la disposición reglamentaria los establezca de manera general. En otras palabras, la fijación del término inferior a diez años para los permisos de aprovechamiento forestal persistente dispuesta por el artículo 1º del Decreto 498 de 1985, no contraría en manera alguna el artículo 216 del Decreto 2811 de 1974, pues no se ha regulado el límite temporal de las concesiones de aprovechamiento forestal sino de los permisos.

"De otra parte esa reglamentación es plenamente armónica con el Decreto 2811 de 1974, pues para los permisos en general el artículo 55 de dicha codificación fija un término no superior a diez años, que es precisamente el definido por el artículo 1º del Decreto 498 de 1985, sin que exista, tratándose de aprovechamientos forestales mediante permiso, norma especial en sentido diferente que sea preciso observar conforme al artículo 50 del mismo Código de Recursos Naturales, pues como ya se ha dicho la norma del artículo 216 se refiere a concesiones y no a permisos".

Por su parte la señora apoderada del Ministerio de Agricultura expresa:

"Como se ha visto, el artículo 216 del Código de los Recursos Naturales, señala, en su primera parte la manera como pueden hacerse los aprovechamientos forestales persistentes de bosques públicos, que bien pueden ser directamente por la entidad administradora del recurso o a través de administración delegada, asociación, concesión o permiso. La norma no define ninguno de dichos mecanismos de aprovechamiento.

"El inciso 2º del mismo artículo repite, talves (sic) para precisar que en este caso específico, se aplican los principios generales, lo mismo que había dicho el artículo 60 del Código, esto es que el área y término máximo de la concesión serán fijados para cada caso, pero mientras para la concesión se insistió en que el área y plazo se definirán en cada caso, el referido artículo 216 no hizo ninguna referencia en torno al permiso, de manera que debe acudirse para su regulación a lo dispuesto por el artículo 55 en donde la norma precisa el término máximo de duración que no puede exceder de diez años. Como se ve la norma es precisa sobre el punto, de manera que no admite duda alguna".

Concepto fiscal:

Concluye el señor Fiscal primero de la Corporación, luego de transcribir los planteamientos de demandante y de impugnadores:

"Como se ve unas consideraciones como las traídas a colación por la demandante pueden tener honda injerencia en las resultas del pro-

ceso, por lo que, en atención al principio de la libertad de la prueba, que consagra el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y es aplicable a los procesos contencioso administrativos, que enseña que debe practicarse toda prueba que de alguna manera influya en la decisión del proceso, esta Fiscalía cree conveniente, y así lo solicita, que con fundamento en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, de oficio se decrete una prueba consistente en un concepto técnico emitido por un profesional experto en silvicultura o ramas afines para que se pronuncie en relación con los aspectos técnicos que expone la demandante en el libelo. De resultar positivos los considerandos del perito se concluirá que la norma impugnada contraría el espíritu protector que movió al legislador a expedir el Código de Recursos Naturales y, en tal virtud, no quedará otro camino que aceptar la interpretación que la demandante dio al inciso 2º del artículo 216 del citado Código por lo que deberían entonces concederse las pretensiones de la demanda, esto es, declarar la nulidad de la frase 'por el término no mayor de diez (10) años', contenida en el artículo 1º del Decreto 498 del 20 de febrero de 1985.

"De no considerarse conducente la petición anterior y decidirse entrar a fallar el negocio en estricto derecho esta Fiscalía es de la opinión que no deben prosperar las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

Sea lo primero anotar que es inadmisible la sugerencia que plantea el señor Fiscal en el sentido de que se decrete un peritazgo para que se determine si la interpretación que se hace en la demanda sobre los alcances de ciertas normas del Código de Recursos Naturales es correcta. Debe rechazar la Sala tal pedimento por las siguientes razones: a) En primer término, el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo que invoca el colaborador Fiscal sería ya inaplicable, por cuanto ha precluido la etapa de los traslados para alegar; b) El artículo 233 del Código de Procedimiento Civil autoriza la prueba pericial para verificar hechos que "requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos". Cuando la norma citada habla de "especiales comportamientos" se refiere obviamente a aquellos que se hallan fuera del radio de acción de la ciencia del derecho. Cuando se trata de interpretar el alcance o sentido de las normas jurídicas, como ocurre en el presente caso, no se estaría frente a un hecho que demande conocimientos "especiales", sino ante una actividad de índole puramente jurídica, que por ende incumbe exclusivamente al fallador desarrollar hasta sus últimas consecuencias.

Aclarado lo anterior, se tiene que la disposición demandada modifica el inciso primero del artículo 2º del Decreto reglamentario número 1014 de 1982. De otro lado, este Decreto reglamenta los artículos 55, 60 y 216 del Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente). El artículo 55 del citado Código es del siguiente tenor:

"La duración del permiso será fijada de acuerdo con la naturaleza del recurso, de su disponibilidad, de la necesidad de restricciones o limitaciones para su conservación y de la cuantía y clase de las inversiones, sin exceder de diez años. Los permisos por lapsos menores de

diez años serán prorrogables siempre que no sobrepasen en total, el referido máximo".

El artículo 60 reza así: "La duración de una concesión será fijada teniendo en cuenta la naturaleza y duración de la actividad económica para cuyo ejercicio se otorga, y la necesidad de que el concesionario disponga del recurso por un tiempo suficiente para que la respectiva explotación resulte económicamente rentable y socialmente benéfica".

Por último, dispone la última norma reglamentada, artículo 216 del Código en estudio:

"Los aprovechamientos forestales persistentes de los bosques naturales o artificiales ubicados en baldíos y demás terrenos de dominio público pueden hacerse directamente o por administración delegada o mediante asociación, concesión o permiso.

"El área y el término máximo serán determinados para cada concesión.

"Los aprovechamientos forestales persistentes de bosques naturales o artificiales en terrenos de propiedad privada requieren autorización".

Como se aprecia con toda nitidez, las normas reglamentadas se refieren entre otras, o dos formas distintas de explotación o aprovechamiento de recursos naturales: El permiso y la concesión. Lo anterior, en desarrollo del artículo 51 del Código en cuestión que dispone: "El derecho de usar los recursos naturales renovables puede ser adquirido por ministerio de la ley, permiso, concesión y asociación". Y el artículo 55 *ibídem*, al estatuir el tantas veces mentado límite de diez años, se refiere exclusivamente a los "permisos". Caso distinto es el de la duración de las "concesiones", reglamentada por el artículo 60 en estudio, para las cuales no se dispone de antemano límite de tiempo, pues debe ser por el "suficiente para que la respectiva explotación resulte económicamente rentable y socialmente benéfica". Y el inciso segundo del artículo 216, que se refiere exclusivamente a la "concesión", repite el principio consagrado en el susodicho artículo 60, al estudiar que el área y término máximo serán determinados para cada concesión.

De las anteriores premisas dimanan, sin hesitación alguna, dos conclusiones: 1ª Que el artículo 1º del Decreto 0498 de 1985, al establecer que el permiso para los aprovechamientos forestales persistentes tendrán una duración "no mayor de diez (10) años", no excedió el alcance del artículo 216 del Decreto-ley 2811 de 1974, por cuanto éste para nada menciona la duración de los permisos. 2ª Que la disposición acusada se halla en perfecta armonía con el artículo 55 del Decreto en mención, que determina como regla de carácter general que la duración del permiso para el uso de recursos naturales renovables de dominio no podrá exceder de diez años.

La objeción de la demandante de que el artículo 55 no es aplicable a los aprovechamientos forestales persistentes por ser una norma de carácter general, no es valedera. Precisamente por tal circunstancia, dado que no existen disposiciones sobre duración de los permisos para cada recurso en especial, es por lo que tal norma es de ineludible aplicación para todos ellos. En ello radica obviamente la "generalidad"

consagrada en el artículo 50 del Código, en la que tanto hincapié hace la demandante: "Sin perjuicio de lo dispuesto especialmente para cada recurso, las normas del presente título regulan de manera general los distintos modos y condiciones en que puede adquirirse por los particulares el derecho de usar los recursos naturales renovables de dominio público".

Son suficientes las precedentes consideraciones para concluir que no se dan en el caso *sub júdice* los quebrantos de las normas constitucionales y legales citadas en la demanda, por lo cual ésta no ha de prosperar.

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 parcialmente en desacuerdo con él,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 5 de junio de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

FARMACIA.—

1º Profesionales que la ejercen.

2º Causales que dan lugar a cancelación o suspensión de licencias de drogas y cosméticos.

3º Uso de rótulos y etiquetas.

4º Al paso que el artículo 17 de la Ley 23 de 1962 consagra una responsabilidad penal y civil simple, la disposición reglamentaria, Decreto 713 de 1984, artículo 6º, al tomarla solidaria, modifica sustancialmente el sentido del texto reglamentado.

5º Clausura temporal del establecimiento como medida de seguridad.

6º Medidas de seguridad y sanciones.

7º El artículo 43 del Decreto 713 de 1984 incurrió en quebranto del artículo 51 del Decreto 01 de 1984, en la parte que expresa que el recurso de APELACION deberá presentarse ante el inmediato superior o ante el Ministerio de Salud.

8º Multas. Inspección.

Decláranse nulos los artículos 6º del Decreto reglamentario 0713 de 1984 expedido por el señor Presidente de la República y el artículo 43 del mismo Decreto en la parte que dice:

"El de apelación, ante el inmediato superior administrativo o ante el Ministro de Salud si la resolución fue expedida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyecto: Doctor *Nelson Zuluaga Ramírez,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 162. Decretos del Gobierno. Actor: Rodrigo Palma Vengoechea.

El ciudadano Rodrigo Palma Vengoechea, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, solicitó se declare la nulidad del inciso 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario número 713 de 27 de marzo de 1984, así como de los numerales 2º literales a), b), c), d), e) y f), literales c), d) y f) del numeral 3º del artículo 2º *ibídem* y de los artículos 3º, 4º, 6º, 9º, 13, 21, 33 al 39, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65 en su inciso 1º y parágrafo 3º.

El acto acusado:

Mediante el Decreto número 713 de 27 de marzo de 1984 "se reglamenta parcialmente la Ley 23 de 1962 y el Título VI de la Ley 09 de 1979 en cuanto a productos farmacéuticos fraudulentos y alterados" y fue dictado por el Presidente de la República con la firma del Ministro de Salud, "en uso de las atribuciones que les confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política y la Ley 09 de 1979". Rezan algunas de las disposiciones que integran el extenso articulado en que se divide el Decreto:

"*Artículo 1.* Las disposiciones del presente Decreto se aplican a establecimientos farmacéuticos que fabriquen, distribuyan o vendan productos farmacéuticos, como laboratorios farmacéuticos, droguerías, farmacia-droguerías, depósitos de drogas, agencias de especialidades farmacéuticas y similares.

"También se aplican a los profesionales y al personal que labora en el campo farmacéutico, tales como Químicos Farmacéuticos, regentes de farmacia, farmacéuticos licenciados, directores de droguerías y expendedores de drogas.

"*Artículo 2.* Para efectos de este Decreto, adóptanse las siguientes definiciones:

"1. *Producto farmacéutico:* Se consideran productos farmacéuticos los medicamentos de uso humano, los cosméticos y los alimentos con indicaciones terapéuticas.

"2. *Producto farmacéutico fraudulento:* Se entiende por producto farmacéutico fraudulento el que se encuentre en una de las siguientes situaciones:

"a) El elaborado por laboratorio farmacéutico que no tenga licencia sanitaria de funcionamiento;

"b) El elaborado por laboratorio farmacéutico que no tenga autorización para su fabricación;

"c) El que no proviene del titular del Registro Sanitario, del laboratorio farmacéutico fabricante o del distribuidor o vendedor autorizado, de acuerdo con la reglamentación que al efecto expida el Ministerio de Salud;

"d) Aquel cuyo envase o empaque no hubiere sido aprobado o cuya rotulación es diferente a la aprobada;

"e) El que hubiere sido introducido al país sin cumplir los requisitos legales exigidos al efecto;

"f) Con la marca, apariencia o características generales de un producto legítimo y oficialmente aprobado, sin serlo.

"3. *Producto farmacéutico alterado:* Se entiende por producto farmacéutico alterado el que se encuentra en una de las siguientes situaciones:

"a) Cuando se le hubiere sustituido, sustraído total o parcialmente o reemplazado los elementos constitutivos que forma parte de la com-

posición oficialmente aprobada, o cuando se le hubieren adicionado sustancias que pueden modificar sus efectos o sus características farmacológicas, físico-químicas u organolépticas;

"b) Cuando hubiere sufrido transformaciones en sus características físico-químicas, microbiológicas, organolépticas o en su valor terapéutico, por causa de agentes químicos, físicos o biológicos;

"c) Con la fecha de vigencia, expiración o caducidad vencida;

"d) Cuando no tiene registro sanitario;

"e) Cuando el contenido no corresponde al autorizado o se hubiere sustraído del envase original, total o parcialmente;

"f) Cuando por su naturaleza, no ha sido almacenado o conservado con las debidas precauciones.

"*Artículo 3.* Con excepción de los laboratorios farmacéuticos fabricantes legalmente autorizados y de los titulares del correspondiente registro sanitario, se prohíbe la tenencia de empaques o envases vacíos, etiquetas y elementos destinados a la elaboración de medicamentos en los establecimientos farmacéuticos de que trata este Decreto.

"*Artículo 4.* Se prohíbe la tenencia o la venta de productos farmacéuticos que se presenten en envase tipo hospitalario, que sean distribuidos por entidades públicas de previsión o seguridad social, de muestras médicas y de productos farmacéuticos con la fecha de vigencia, expiración o caducidad vencida o sin registro sanitario, en las droguerías, depósitos de drogas, farmacias-droguerías y establecimientos similares.

"*Artículo 6.* De conformidad con el artículo 17 de la Ley 23 de 1962, el gerente, el administrador, el propietario o propietarios y el director responsable de los establecimientos farmacéuticos que fabriquen, distribuyan, despachen o vendan productos farmacéuticos, son solidariamente responsables civil o penalmente de la calidad, pureza y autenticidad de los productos que fabriquen, adquieran, distribuyan, despachen o vendan en el respectivo establecimiento".

El Capítulo II del Decreto en estudio trata "De la vigilancia y control de las sanciones". De esta sección del articulado son acusadas, como ya se anotó, los artículos 9, 13 y 21. El primero prescribe que los funcionarios competentes tendrán libre acceso en el ejercicio de sus funciones, a los establecimientos, equipos y productos. El segundo autoriza la medida de clausura temporal del establecimiento por parte de funcionarios del Ministerio de Salud y de los Jefes de los Servicios Seccionales de Salud. Y el último prescribe que las medidas de seguridad son de inmediata ejecución, tienen carácter preventivo y transitorio. En el mismo capítulo, del artículo 26 hasta el final, se estatuye sobre "procedimientos y sanciones". El artículo 33 ordena la cesación del procedimiento contra el presunto infractor bajo ciertas circunstancias y los subsiguientes regulan el procedimiento de cargos, pruebas, calificación de la falta, circunstancias agravantes, recurso de reposición contra las providencias expedidas por el Ministerio de Salud, sanciones

de multas, decomiso y suspensión o cancelación de licencias. Finalmente, el artículo 65 estatuye sobre la falta contra la ética profesional, ordenando en el parágrafo 3º iniciar por tal motivo la correspondiente investigación siempre que se hubiere impuesto una sanción a un establecimiento farmacéutico.

La demanda:

Se refiere en los hechos que el Congreso de la República dictó el 6 de septiembre de 1962 la Ley 23, "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de químico farmacéutico y se dictan otras disposiciones". Que, igualmente, el Congreso dictó la Ley 09 de 24 de enero de 1979, "por la cual se dictan medidas sanitarias".

Agrega el actor, en el capítulo sobre "disposiciones violadas y concepto de las violaciones", que la Ley 23 de 1962, que reglamenta el ejercicio de la profesión de farmacia "en ninguno de sus artículos hace alusión a muchas de las materias tratadas por el Decreto 713 de 1984, por lo que es evidente que el señor Presidente de la República ... excedió la potestad reglamentaria que le confiere" el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Dice más adelante:

"Una ligera leída a las leyes pretendidamente reglamentadas, nos llevará a la conclusión de que, por parte alguna mencionan siquiera a los regentes de farmacia, directores de droguerías y expendedores de drogas, mal podría entonces el señor Presidente de la República hacer extensivos los alcances de la norma reglamentaria a personas a quienes las leyes reglamentadas no han considerado como sujetos activos o pasivos de las mismas.

"Los literales a), b), c), d), e) y f) del numeral 2 del artículo segundo del Decreto acusado, establece unas presunciones de tipo legal que en primer lugar no están respaldadas por consideraciones lógicas y en segundo lugar no son siquiera mencionadas por las leyes que se dicen reglamentadas con el Decreto acusado.

"Igual cosa ocurre con los literales a), b), c), d), e) y f) del numeral 3 del citado artículo al establecer presunciones legales sobre alteración de productos farmacéuticos, aspecto éste que tampoco es tratado ni por la Ley 23 de 1962, ni por el Título VI de la Ley 09 de 1979. Estos literales establecen definiciones lógicas, pero no podía haber reglamentación respecto a las materias que tratan porque, como ya se ha dicho no están consignadas en los preceptos reglamentados".

Finaliza diciendo que "los artículos en comento sometidos a control jurisdiccional constituyen aspectos policivos puesto que están relacionados con hechos de orden público en su modalidad de seguridad y salubridad públicas. El poder de policía, como los demás poderes del Estado, sólo puede ser conferido a los agentes de la administración pública, por expresa y taxativa disposición de la Constitución Nacional". Concluye que "forzoso es aceptar que en la República de Colombia sólo ostentan el poder de policía, el Congreso de la República, el Concejo de Bogotá D. E., según el artículo 2º del Decreto 3133 de 1968 y las Asambleas Departamentales". Otros aspectos del concepto de la violación serán objeto de estudio más adelante.

Alegato de las partes:

Presentó el actor a folio 58 un breve escrito, en el cual se limita a decir que se remite a lo ya expuesto en el concepto de la violación. Por su parte el Ministerio de Salud, mediante apoderado alegó en escrito presentado el 14 de octubre de 1986 sosteniendo haber actuado dentro de la órbita de la potestad reglamentaria.

Concepto fiscal:

Concluye el señor Fiscal Primero de la Corporación, luego de transcribir la mayor parte del concepto de la violación contenido en la demanda, pidiendo que "se acceda a las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

Como antes se anotó, mediante el Decreto 713 de marzo 27 de 1984, se reglamentan la Ley 23 de 1962 y la Ley 09 de 1979. En la primera de las leyes mencionadas, "se reglamenta el ejercicio de la profesión de químico farmacéutico, y se dictan otras disposiciones". Y la Ley 09 de 1979 contiene el llamado Código Sanitario, refiriéndose el Título VI a "Drogas, Medicamentos, Cosméticos y Similares". De la primera de las leyes reglamentadas cabe destacar varias disposiciones, que explican el sentido del Decreto demandado. Así, el artículo 1º regula lo atinente a las personas que pueden ejercer la química farmacéutica o la farmacia dentro del territorio nacional. El artículo 2º que preceptúa que el ejercicio de la química farmacéutica o de la farmacia implica una función social de cuyo cabal cumplimiento son responsables los profesionales que la ejercen. El "parágrafo" del artículo 10 que dispone que toda farmacia-droguería para su normal funcionamiento debe estar dirigida por un químico farmacéutico o un farmacéutico titulado o licenciado en legal ejercicio de su profesión. El artículo 12 que dispone: "Con el fin primordial de proteger la salud pública, la Subdivisión de Drogas, Alimentos y Cosméticos del Ministerio de Salud Pública podrá revisar en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquier persona, las licencias concedidas a estos productos por dicha Subdivisión o las que se concedan en adelante y suspenderlas o cancelarlas cuando incurran en cualquiera de las causales que fije el Ministerio de Salud Pública. Igualmente podrá, sin notificación previa, ordenar la congelación de la venta de los productos, cuando a su juicio sea necesario para proteger la salud pública". El artículo 17 que hace al "propietario, Gerente o el farmacéutico Director de los establecimientos farmacéuticos" responsables penal y civilmente de la calidad y pureza de los productos que se elaboren y expendan en el respectivo establecimiento. Y el artículo 20 que expresamente faculta al Gobierno Nacional para reglamentar "la aplicación de esta ley".

Como puede apreciarse sin esfuerzo alguno, la Ley 23 de 1962 trata en varios de sus artículos, en forma amplia, de las personas que se dedican al ejercicio de la farmacia, aludiendo entre ellas, a los propietarios, gerentes y directores de los respectivos establecimientos. Por consiguiente, cuando el inciso segundo del artículo 1º del Decreto reglamentario 713 de 1984 habla genéricamente del personal que trabaja en el campo farmacéutico, "tales como químicos farmacéuticos, regentes de farmacia, farmacéuticos licenciados, directores de droguerías y

expendedores de drogas", se está refiriendo precisamente a los profesionales de que trata la ley reglamentada. Lejos pues de ir más allá la norma acusada de lo que le permite la norma reglamentada, como lo pretende el demandante, lo que hace es adecuarse cabalmente a su espíritu, contenido e intención. No ha de prosperar por lo tanto este primer aspecto de la demanda incoada.

El artículo 12 de la Ley 23 de 1962, de acuerdo con la transcripción hecha, faculta ampliamente al Ministerio de Salud Pública para determinar las causales que dan lugar a la suspensión o cancelación de las licencias de drogas y cosméticos. Es aquí por lo tanto, patente e inequívoca la intención del legislador de dejar en manos del Gobierno Nacional todo lo atinente a la fijación de las situaciones en que un producto farmacéutico puede hacerse acreedor a las referidas sanciones. Por lo tanto, al reglamentar el Ejecutivo, con firma del Ministerio de Salud los diversos aspectos por los cuales un producto ha de considerarse fraudulento o alterado (numerales 2 y 3 del art. 2º), no hizo otra cosa que ceñirse a las facultades que le daba la ley que reglamenta.

La siguiente disposición acusada, el artículo 3º del Decreto 713 de 1984, reza: "Con excepción de los laboratorios farmacéuticos fabricantes legalmente autorizados de los titulares del correspondiente registro sanitario se prohíbe la tenencia de empaques o envases vacíos, etiquetas y elementos destinados a la elaboración de medicamentos en los establecimientos farmacéuticos de que trata este Decreto". Al igual que de las restantes disposiciones, dice el demandante que aquí el Gobierno se excedió en la potestad reglamentaria, por cuanto de este aspecto nada se dice ni en la Ley 23 de 1962 ni en la 9ª de 1979, trayendo empero a colación el contenido del artículo 447 de esta última, que reza así: "El Ministerio de Salud reglamentará la utilización de rótulos, etiquetas, envases y empaques para productos farmacéuticos". Precisamente esta norma constituye una clara refutación de los argumentos del actor, pues ella evidencia la palmaria voluntad legal de que sea el Ejecutivo el llamado a reglamentar el uso de rótulos, etiquetas, etc., que es exactamente la materia de que trata el artículo acusado. Y en cuanto a la prohibición de la tenencia de elementos destinados a la elaboración de medicamentos, ello está en consonancia con el artículo 440 de la Ley 9ª de 1979, que dispone que "los depósitos de drogas no podrán elaborar y transformar o reenvasar ningún medicamento".

Respecto del artículo 4º del Decreto acusado no expone el actor argumento alguno en el concepto de la violación, por lo cual la Sala ha de prescindir de su estudio.

Como ya se vio al hacerse la transcripción del artículo 6º del Decreto 713 de 1984, esta disposición estatuye, "de conformidad con el artículo 17 de la Ley 23 de 1962", la solidaridad civil y penal del gerente, administrador, etc., de los establecimientos farmacéuticos. Ahora bien, el aludido artículo 17 dispone: "El propietario, gerente y el farmacéutico Director de los establecimientos farmacéuticos son responsables civil y penalmente de la calidad y pureza de los productos que se elaboren en el respectivo establecimiento. El propietario, gerente, y el farmacéutico Director de los establecimientos en donde se expendan

drogas y medicamentos, son responsables en los mismos términos anteriores de la calidad y pureza de los productos que se expendan, sino han tenido el debido cuidado en las condiciones de almacenamiento, si se han abierto los empaques originales o si se han expedido los productos después de la fecha de vencimiento". Con toda razón censura el actor la disposición acusada, puntualizando como "al establecer el señor Presidente, so pretexto de la reglamentación de la ley, responsabilidades solidarias y una especie de responsabilidad correlativa no ha hecho otra cosa que modificar la ley reglamentada", por lo cual "extralimitó la potestad reglamentaria que le otorga el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional". En efecto, al paso que el citado artículo 17 de la Ley 23 de 1962 consagra una responsabilidad penal y civil simple, la disposición reglamentaria, al tornarla solidaria, modifica sustancialmente el sentido del texto reglamentado, incurriendo por ende en palmario quebranto de la potestad reglamentaria estatuida en la norma superior de índole constitucional aludida. En tales circunstancias, habrá de declararse la nulidad del referido artículo 6º del Decreto demandado.

Sobre la presunta violación de normas superiores en que se habría incurrido en el artículo 9º del Decreto acusado, nada se dice en el concepto de la violación.

Sostiene el demandante que mediante el artículo 13 del Decreto 713 de 1984 el Presidente de la República extralimitó la potestad reglamentaria, "al disponer que son competentes para imponer la clausura temporal del establecimiento como medida de seguridad, los promotores de saneamiento o los visitadores de droguerías con la aprobación del Jefe de Control de Drogas o de Medicamentos del servicio Seccional de Salud", por cuanto del contenido del artículo 588 de la Ley 09 de 1979 "se infiere lógicamente que es el Ministerio de Salud y no los Servicios Seccionales de Salud el competente para imponer las medidas de seguridad de que habla el artículo 576 de la Ley 09 de 1979, medidas de seguridad que en su gran mayoría están consideradas como sanciones en el artículo 577 *ibidem*". Debe anotar al respecto la Sala que el citado artículo 588 de la Ley 09 de 1979 hace parte del Capítulo "Sanciones" del Título XI, y en él se dispone que "el Ministerio de Salud dirigirá la inspección y control de los alimentos, bebidas, drogas, medicamentos, cosméticos y productos relacionales, fábricas de alimentos o bebidas, establecimientos farmacéuticos, laboratorios de cosméticos, estupefacientes y los sicofármacos sometidos a restricción de conformidad con las normas de esta ley". La anterior circunstancia daría solamente pie para argumentar que sería "el Ministerio de Salud y no los Servicios Seccionales de Salud" el único competente para imponer las sanciones de que trata el artículo 577. No podría empero predicarse igual cosa respecto de las "medidas de seguridad", que tienen un carácter y finalidad muy distintos, de las cuales se trata en capítulo separado (art. 576 de la misma Ley 9ª). Y como respecto de éstas nada dijo la ley sobre los funcionarios llamados a imponerlas, tocaba al Decreto reglamentario proveer a ello, para lograr "la cumplida ejecución" del texto legal, según el mandato del ordinal 3º del artículo 120 de la Carta Fundamental. No amerita por lo tanto el artículo en estudio, ser anulado.

El artículo 21 del Decreto 713 de 1984 es una reproducción casi textual del "parágrafo" del artículo 576 de la Ley 9ª de 1979 que reza: "Las medidas a que se refiere este artículo serán de inmediata ejecución, tendrán carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar". Dice al respecto el actor que el aludido artículo 21 "es violatorio de los artículos 26 y 27 de la Constitución Nacional, porque cercena de un tajo todas las garantías propias del derecho de defensa que son una de las características fundamentales del debido proceso". Añade que "las mal llamadas medidas de seguridad" a que se refieren tanto el Decreto acusado como la propia Ley 9ª de 1979, "no son otra cosa que verdaderas sanciones que pueden imponerse en forma inmediata sin que el afectado sea oído en descargos y sin que pueda ejercer ninguna clase de defensa". Que las medidas de que se trata tengan el carácter de "sanciones", no pasa de ser más que una simple afirmación del actor, sin ningún respaldo jurídico. Y no lo son, en primer lugar, por disposición soberana del legislador, quien es el llamado constitucionalmente a definir en forma exacta el sentido y alcance jurídico de las expresiones legales. Y en segundo lugar, porque el carácter de precautelatividad y transitoriedad, que se explica por la necesidad de adoptar en forma inmediata ciertas medidas urgentes, los despoja de los caracteres de la sanción, medida ésta que tiene ya una naturaleza de definitiva, a la que se llega luego de la culminación de un proceso. De otro lado, la censura no habría que hacerla a la disposición reglamentaria, que no hace más que ceñirse fielmente a lo que dispone la ley, sino a esta que, huelga decirlo, no es materia de demanda. Tampoco ha de prosperar en este aspecto la pretensión incoada.

Sobre los subsiguientes artículos acusados, se expresa así el actor en el concepto de la violación: "En el artículo 33 se establece la cesación del procedimiento consagrado en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, en el artículo 34 se establece un procedimiento relativo al conocimiento por parte del infractor de los cargos que militan en su contra, en el artículo 35 se establece un procedimiento para el caso de que no pueda hacerse notificación personal, en el artículo 36 se establece la figura del pliego de cargos, en el artículo 37 se señala término probatorio, en el artículo 38, se legisla sobre la calificación del mérito del sumario y en el artículo 39, se consigna agravantes genéricos de las contravenciones".

Observa al respecto el actor que "ni la Ley 23 de 1962 ni la Ley 09 de 1979, tratan en ninguno de sus artículos las precitadas materias, por manera que mal podía el Ejecutivo entrar a reglamentar algo inexistente". La materia relativa a las sanciones está regulada en la Ley 9ª de 1979, como antes se anotó, en un capítulo especial y de ella se trata en primer término en el artículo 577, que dispone: "Teniendo en cuenta la gravedad del hecho y mediante resolución motivada, la violación de las disposiciones de esta ley, será sancionada por la entidad encargada de hacerlas cumplir con alguna de las siguientes sanciones: ..." (a continuación la relación de las diversas sanciones). En el resto del artículado resalta la ausencia de toda reglamentación referente al procedimiento a seguir para la aplicación de las sanciones aludidas, vacío que correspondía llenar al Presidente de la República, precisamente en obedecimiento a la potestad reglamentaria que le confiere el ordinal 3º

del artículo 120 de la Carta. Al hacerlo, mediante el Decreto reglamentario, acusado, el Gobierno Nacional ha puesto en ejecución la ley, ha logrado su "cumplida ejecución", sin desvirtuar en lo más mínimo su espíritu. La omisión de todo procedimiento, que sería la situación a la que conducirían los planteamientos del actor, si constituiría una rotunda negación de los más elementales principios del derecho de defensa configurados en el artículo 26 de la Carta. No prospera, por consiguiente, la nulidad de este grupo de disposiciones del Decreto acusado.

Dispone el artículo 43 del Decreto 713 de 1984: "El recurso de reposición se presentará ante la misma autoridad que expidió la providencia. El de apelación, ante el inmediato superior administrativo o ante el Ministerio de Salud si la resolución fue expedida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud". Alega el actor que esta disposición "modifica virtualmente el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, ya que dispone que el recurso de apelación se presente ante el superior con lo que de contera se impide que este recurso se pueda interponer como subsidiario del de reposición". Dispone la norma superior invocada por el demandante, inciso segundo del artículo 51 del Decreto 01 de 1984, refiriéndose a los recursos de reposición y apelación: "Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja ...". Esta norma del Código Contencioso Administrativo, que se refiere al procedimiento en la vía gubernativa, se hallaba vigente cuando se expidió el Decreto acusado. Es por consiguiente una norma de carácter general, de la cual no pueden apartarse las reglamentaciones que regulen situaciones especiales como la que es objeto de estudio. Es por consiguiente evidente que el artículo acusado, al modificar el procedimiento que por vía general estatuye el Código Contencioso Administrativo, incurrió en quebranto de esta disposición, lo que obliga a declarar su nulidad, en la parte que expresa que el recurso de apelación deberá presentarse ante el inmediato superior o ante el Ministerio de Salud.

Se dice en la demanda con respecto de otros artículos demandados:

"Con el artículo 48 del Decreto acusado, también extralimita el Ejecutivo la potestad reglamentaria ya que dispone que las multas, serían impuestas por los Jefes del Servicio Seccional de Salud, o por el Ministerio de Salud, cuando como ya se dijo, según lo dispuesto por el artículo 588 de la Ley 9ª de 1979, es al Ministerio de Salud a quien corresponde dirigir la inspección y control de los alimentos, bebidas, drogas, medicamentos, etc.

"Otro tanto acontece con el artículo 53 del Decreto acusado, al disponer que el decomiso será impuesto por el Jefe de Control de medicamentos, o el Jefe del Servicio Seccional de Salud respectivo, ya que, se repite, es al Ministerio de Salud a quien compete imponer las sanciones, en razón a que las leyes reglamentadas parcialmente, no facultan al Ministerio para delegar estas funciones, que como ya se dijo le confieren en forma privativa a dicho Ministerio la facultad de inspeccionar y controlar los alimentos, bebidas, drogas, medicamentos, etc., según se desprende del artículo 588 de la Ley 9ª de 1979, en concordancia con el artículo 565 *ibidem*".

Como en página anterior se anotó, el citado artículo 588 de la Ley 9ª de 1979 se halla ubicado dentro del capítulo que trata de las san-

ciones, lo que podría dar pie para sostener que es exclusivamente al Ministerio de Salud (o más concretamente al Ministro) a quien se ha conferido la tarea de imponer las aludidas sanciones. Un estudio más detenido del citado capítulo permite empero legar a otra conclusión. En primer término, el artículo en cuestión es demasiado vago y general, al hablar de "inspección y control de los alimentos", etc., expresiones que no permiten deducir en forma indubitable que dentro de dichas funciones deba encasillarse necesariamente la de "sancionar". Es también equívoco el término "Ministerio de Salud", pues dentro de éste caben no sólo la persona física de quien en un momento dado se encuentre al frente del mismo, sino cualquiera de sus dependencias u organismos subordinados como los Servicios Seccionales de Salud. Que el citado capítulo no se refiere exclusivamente al Ministro de Salud, es algo que se colige fácilmente al leer los artículos 582, 583, 587 y 590, entre otros, que confieren funciones específicas al Sistema Nacional de Salud y a las autoridades sanitarias internacionales. A disipar tales vaguedades ha contribuido la norma reglamentaria que, para proveer a la debida aplicación de la ley, ha dispuesto en forma concreta que autoridades o funcionarios son los depositarios de la facultad sancionatoria. No se da tampoco aquí la violación de norma superior que pretende la demanda.

Sobre el resto del articulado acusado, se dice en el concepto de la violación: "Resulta claro, ostensible e incontrovertible que los artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62 y 63 del Decreto acusado constituyen una evidente desviación de la potestad reglamentaria y del propósito que guió al Ejecutivo por cuanto que, consignan materias tratadas en el Título XI de la Ley 09 de 1979, y como se puede apreciar sin dificultad de ninguna naturaleza en virtud del Decreto acusado se reglamenta la Ley 23 de 1962, y el Título VI de la Ley 09 de 1979, en cuanto a productos farmacéuticos fraudulentos y alterados". Efectivamente, se lee en el encabezamiento del Decreto número 0713 de 1984 "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 23 de 1962 y el Título VI de la Ley 09 de 1979, en cuanto a productos farmacéuticos fraudulentos y alterados". Y los últimos artículos acusados reglamentan obviamente el 577 de la Ley 09 de 1979, que, como quedó visto, forma parte del Título XI. Anota la Sala al respecto que el hecho de que el Gobierno haya omitido, en el encabezamiento aludido, hacer mención de otras normas o títulos de la ley a reglamentar, no constituye en manera alguna "desviación de la potestad reglamentaria" y por ende infracción del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Sin necesidad de que lo puntualizara expresamente el Decreto reglamentario, la norma constitucional citada le daba amplias facultades para emprender la reglamentación de la ley en cuestión con miras a su "cumplida ejecución". Y si de todas maneras se echara de menos el intrascendente formulismo que reclama el actor, a subsanar la "omisión" contribuiría el contenido del subsiguiente encabezamiento, en el cual el Presidente de la República dice obrar "en uso de las atribuciones que le confiere el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política y *la Ley 09 de 1979*" (se subraya). Y la Ley 9ª así citada, sin limitación a ningún capítulo o título, le da al Gobierno Nacional, como toda ley en general, la facultad de reglamentarla, con base en la norma constitucional tantas veces citada. No prospera por lo tanto, la pretensión de nulidad de este último grupo de disposiciones.

La última objeción del actor, consiste que "en la República de Colombia sólo ostentan el poder de policía, el Congreso de la República, el Concejo de Bogotá D. E., según el artículo 2º del Decreto 3133 de 1968, y las Asambleas Departamentales", no constituye razón valedera en pro de la nulidad del acto acusado. El hecho escueto es que, así sean, tanto las leyes reglamentadas como el Decreto reglamentario, de contenido policivo, dicho carácter no limita en lo más mínimo la potestad que al Ejecutivo confiere el ordinal 3º de la Carta. Si la ley requiere ser reglamentada, como acontece a todas luces con las número 23 de 1962 y 09 de 1979, el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, debe proveer a ello por imperativo mandato constitucional, cualquiera que fuere la naturaleza y contenido de las normas legislativas.

Por lo anteriormente 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:

1º *Decláranse nulos* el artículo 6º del Decreto reglamentario número 0713 de 27 de marzo de 1984 expedido por el Presidente de la República y el artículo 43 del mismo Decreto en la parte que dice: "El de apelación, ante el inmediato superior administrativo o ante el Ministro de Salud si la resolución fue expedida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud".

2º *Niéganse* las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DERECHOS ADQUIRIDOS.—

El artículo 30 de la Constitución Nacional se refiere exclusivamente al derecho de propiedad y demás derechos diseñados por la ley formal o material sobre, respecto de, con relación a o alrededor del derecho de propiedad privada o de dominio privado. PERMISO Y/O LICENCIA. No puede confundirse con el derecho de "propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles que garantiza el canon 30 de la Superley.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiseis de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 571. Actor: Pedro Pablo Camargo.

Alegando hacerlo "con el propósito de defender el estado de derecho", el ciudadano Pedro Pablo Camargo, a través de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pide a esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto nacional número 3668 de 1986, diciembre 19, en su artículo 2º y "el párrafo (sic) del artículo 3º" que dice: "Este Decreto... deroga las disposiciones que le sean contrarias". Aunque la demanda no es formalmente clara en lo atinente a "la designación de las partes y de sus representantes"y "la petición de pruebas" que en su orden exigen los numerales 1 y 5 del artículo 137 del mentado Código, el Despacho la admitirá.

Suspensión provisional:

En el mismo cuerpo del libelo de demanda el actor impetra la declaratoria de suspensión provisional de los efectos del artículo 2º y del arriba entrecomillado "párrafo (sic) del artículo 3º" del Decreto atacado. Tal pedimento cautelar lo eleva porque a su juicio las normas acusadas se encuentran en estado de "manifiesta violación de los artículos 26, 28 y 30 de la Constitución Nacional", por cuanto el artículo 2º del Decreto 3668 de 1986, al dejar sin vigencia los salvoconductos nacionales para el porte de armas de fuego expedidos al amparo del Decreto 2003 de 1982, artículo 5º, "desconoce derechos adquiridos con justo título" y viola, por tanto, el artículo 30 de la Carta Fundamental: Porque un Decreto posterior, el 3668 de 1986, "está desconociendo y vulnerando derechos adquiridos por un Decreto anterior", el 2003 de 1982. Además, "al dejar sin vigencia" salvoconductos nacionales *"que tienen vigencia permanente"* (por el Decreto 2003 de 1982), "las personas tenedoras de los mismos quedan *ipso facto* incursas en el delito de

porte ilegal de armas conforme al Decreto legislativo número 3664 de 1986 (diciembre 17) (...). Con esto se desconoce la garantía de irretroactividad de la ley penal en perjuicio de una persona, tutelada por los artículos 26 y 28 de la Constitución". En cuanto al artículo 3º atacado en parte, al derogar las disposiciones que le sean contrarias "viola el artículo 218 de la Constitución que establece el procedimiento para reformar la Carta, y el mismo tiene la pretensión de derogar los artículos 26, 28 y 30 de la Constitución" (Subrayas del accionante).

Se considera:

Como se deja visto, el demandante monta o estructura su libelo y más específicamente su solicitud de suspensión provisional, en la transgresión palmaria de *"derechos adquiridos"* y por lo tanto en la ostensible violación del artículo 30 constitucional. Al respecto ha de anotarse lo siguiente:

Cuando en su canon 30 la ley de leyes ampara y garantiza *"la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles"*, se está refiriendo exclusivamente al derecho de *propiedad privada* y demás derechos diseñados por la ley formal o material sobre, respecto de, con relación a o alrededor del *derecho de propiedad privada o de dominio privado*, como son, *verbi gratia*, los derechos del usuario, del usufructuario, del acreedor prendario o hipotecario, siempre y cuando tales derechos hayan sido "adquiridos" mediante un *título justo* y de conformidad con las *"leyes civiles"*. Para llegar a esta conclusión basta con observar que el precepto 30 de la Carta Fundamental siempre apunta al derecho de propiedad o dominio: "Propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título", "con arreglo a las leyes civiles", "motivos de utilidad pública o de interés social", "derechos de particulares", "el interés privado deberá ceder al interés público o social", "la propiedad es una función social que implica obligaciones", "expropiación", "indemnización previa", casos de expropiación "en que no haya lugar a indemnización".

Pero un *permiso* o una *licencia* (de tipo, de trámite y de decisión de orden administrativo) para que funcione una taberna o una discoteca, un café concierto, una licorería o licorera, una sala de proyección cinematográfica o un establecimiento de comercio, no es, no puede ser, no puede confundirse con el derecho de "propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles" que garantiza el canon 30 de la Superley. Del mismo modo como no lo son, no lo pueden ser, no pueden confundirse con tales derechos sobre propiedad privada que ampara el precepto 30 del Código Máximo, los *permisos o licencias* para realizar una manifestación pública, para colocar o instalar un pasacalle, para portar un arma de fuego de defensa personal o salvoconductos, para el tránsito de tractomulas por determinadas vías públicas, para conducir zorras o vehículos de tracción animal, para llevar caretas o pasamontañas en fiestas de carnaval bajo estado de turbación del orden público, para portar explosivos con destino a la explotación de canteras o la apertura de una carretera, etc., etc.

No le sale visible al actor su construcción de retroactividad en que reputa estar colocado el artículo 2º acusado, por violar y desconocer

"la garantía de irretroactividad de la ley penal en perjuicio de una persona, tutelada por los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional". En primer lugar, el artículo 2º no es "una ley penal" que lesione, por efectos retroactivos, "la garantía de irretroactividad de la ley penal" y mancille consecuencialmente los mandamientos 26 y 28 del Estatuto Supremo. En segundo término, eso de dejar sin vigencia salvoconductos que tenían "vigencia permanente" y como consecuencia convertir en "incursas en el delito de porte ilegal de armas, conforme al Decreto legislativo número 3664 de 1986", a las personas tenedoras de aquellos salvoconductos, tampoco encaja dentro de los requisitos para que opere la suspensión provisional, toda vez que habría que examinar el Decreto legislativo número 3664 de 1986, que por ningún lado señala el actor en su demanda como disposición superior violada, con lo cual contraría al artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que establece como requisito para decretar la medida cautelar suspensiva, la manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación" con el acto acusado. Pero como se deja establecido, para llegar a detectar la supuesta ostensible violación de los artículos 26 y 28 constitucionales por parte del artículo 2º impugnado, sería menester dar la vuelta por el Decreto legislativo 3664 de 1986, con el necesario zigzagueo analítico, Decreto éste no indicado por el actor como transgredido palmariamente por el Decreto 3668 de 1986 acusado.

No explica el demandante en qué consiste la lesión flagrante del "párrafo" del artículo 3º que, por derogar las disposiciones que le sean contrarias al Decreto 3668, está violando el "procedimiento para reformar la Carta" establecido en el artículo 218 *ibídem* e incurre en "derogar los artículos 26, 28 y 30 de la Constitución". Con tan exagerado como estrambótico y desnudo aserto no se consigue la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y sí se pierde la altura y seriedad que debe conformar toda pretensión de esta naturaleza. Obsérvese que este Decreto 3668 de 1986 es de la misma categoría o clase de los Decretos 1663 de 1979, 2760 de 1981 y 2003 de 1982, cuyos artículos finales derogan las disposiciones que les sean contrarias, tal como sucede con una parte (que no un "párrafo") del artículo 3º cuestionado. Adelante tocaremos, aunque sea tangencialmente, el Estatuto Nacional para el Control y Comercio de Armas, contenido en el Decreto ejecutivo 1663 de 1979 ("Decretos ejecutivos" son los citados 1663, 2760 y 2003, según el 3668 acusado).

Además de lo que se deja sentado, suficiente para despachar negativamente la solicitud de suspensión provisional, aclara todavía más si se quiere lo referente a la distinción arriba hecha entre derecho de propiedad o dominio y simples permisos o licencias, esto que determina el inciso segundo del canon 48 de la Constitución Política, que habla por sí solo y no requiere explicación alguna y obviamente pasó por alto el actor:

> "*Nadie podrá* dentro del poblado *llevar armas consigo sin permiso de la autoridad. Este permiso* no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de asambleas o corporaciones políticas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas" (Las subrayas son ajenas al texto y destacan la distinción supracitada).

Aunque el Consejo de Estado no ha determinado sobre la adopción o no de la tesis o teoría de la "proposición jurídica incompleta" para concluir cuando se está frente a ella (o ante lo que a lo mismo equivale, la falta de integración de la proposición jurídica completa) con fallo inhibitorio, como saltuariamente la aplica o deja de aplicar la Corte Suprema de Justicia, por lo menos conviene hacer alusión a dicha tesis en el presente caso, por la siguiente razón, advirtiendo, eso sí, que esta consideración no tiene incidencia directa en la decisión que se adopte: A) *El artículo 2º* acusado habla de la "vigencia del presente Decreto", mas *nada expresa acerca de la "vigencia de los salvoconductos"*; B) Al pretender sustentar la suspensión provisional, comienza diciendo el demandante en los dos últimos párrafos (estos sí párrafos) del folio 6, respectivamente: *"El artículo 2º* del Decreto 3668 de 1986, *al dejar sin vigencia los salvoconductos* nacionales para el porte de armas de fuego ..." y *"y al quedar sin vigencia los salvoconductos* nacionales para el porte de armas de fuego..."; C) Pues bien: El artículo primero (1º) de este Decreto 3668 de 1986, *no cobijado por la acción de nulidad*, en dos palabras, no demandado, y naturalmente *excluido* por el actor *de la suspensión provisional* que solicita, es la única disposición del Decreto acusado que *habla* o *dispone expresamente sobre "vigencia de los salvoconductos"*, al comenzar diciendo: *"La vigencia de los salvoconductos* que amparan el porte de armas de fuego de defensa personal...". De donde se deduce espontáneamente que, al no haberse demandado la nulidad del artículo 1º, estamos en presencia de una proposición jurídica incompleta.

Estando ante una demanda intentada en ejercicio de la acción popular de anulación, que como es sabido tiene por finalidad teleológica u objetivo terminal la preservación del aparato legal, la salvaguardia del ordenamiento jurídico, el Despacho no puede dejar de aludir, así sea superficialmente, a lo que en seguida se apunta respecto del "Decreto ejecutivo" número 1663 de 1979. El Decreto 3668 de 1986 aquí acusado parcialmente, trae como último considerando este: "Que mediante *Decreto ejecutivo número 1663 de 1979* (06 julio) se expidió el Estatuto Nacional para el Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, modificado (parcialmente, agrega el Despacho) por los *Decretos 2760 de 1981 y 2003 de 1982*". Ahora bien: Tal Decreto 1663 de 1979 tiene el siguiente encabezado: "Por el cual se expide el Estatuto Nacional para el Control y Comercio de Armas, Municiones, Explosivos y sus Accesorios. EL MINISTRO DE GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, DELEGATARIO DE LAS FUNCIONES PRESIDENCIALES, *en ejercicio de las atribuciones que le confiere el Decreto número 1243 de 1979*, DECRETA:" (Las mayúsculas son del texto y las subrayas del Despacho). Proferido el Decreto 1663 de 1979 por el Ministro de Gobierno, Delegatario de las Funciones Presidenciales, "en ejercicio de las atribuciones que le confiere el Decreto 1243 de 1979", se repite, precisa indicar; 1º Mediante este Decreto 1243 "se delegan temporalmente unas funciones presidenciales en el Ministro de Gobierno". 2º El primer considerando de este Decreto 1243 es de este tenor: "Que por invitación de los Gobiernos de México, Francia, Suiza, España, Yugoeslavia e Inglaterra, *el Presidente de la República se ausentará del país durante el período comprendido entre el 7 de junio y el 7 de julio* del presente año". 3º El artículo 1º del Decreto 1243 precisa en ocho (8) literales (a. a h.) las "funciones presidenciales" que "mientras dure

la ausencia del Presidente de la República de que se da cuenta en la parte motiva", el señor "Ministro de Gobierno, Germán Zea, ejercerá bajo su propia responsabilidad". Entre los diversos artículos de la Constitución Política que allí expresamente se citan en orden a precisar las funciones presidenciales delegadas en el Ministro de Gobierno, por ninguna parte aparece citado el *artículo 48 de la Carta Constitucional* transcrito atrás, que versa exclusivamente sobre introducción, fabricación y posesión de armas y municiones de guerra y permiso de la autoridad para portar armas de fuego. 4º El artículo 2º y último de este Decreto 1243 ordena: "Este Decreto *rige a partir de la fecha de su expedición*". 5º Este Decreto 1243, *que rige a partir de su expedición* ("Dado en Bogotá, a *11 de junio de 1979"), fue publicado* (promulgado) en la edición número 35294 del Diario Oficial, correspondiente al día martes *26 de junio de 1979*. Huelga todo comentario.

Las consideraciones que preceden determinan que el Despacho

Decida:

1º Admitir la demanda intentada. Por tanto *dispone:*

a) Se tiene al ciudadano Pedro Pablo Camargo como parte demandante;

b) Notificar personalmente este proveído al Fiscal Primero de la Corporación;

c) De igual modo, notificar en forma personal esta providencia al señor Ministro de Defensa Nacional (C. C. A., arts. 149 a 151);

d) Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos previstos en el artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo;

e) Solicitar por Secretaría los correspondientes antecedentes administrativos al Ministerio de Defensa.

2º Denegar la suspensión provisional solicitada sobre los efectos del artículo 2º y parte del artículo 3º del Decreto número 3668 de 19 de diciembre de 1986.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

SUSPENSION PROVISIONAL DE DECRETOS DEL GOBIERNO

INEMBARGABILIDAD DE LAS PENSIONES DE JUBILACION, VEJEZ, INVALIDEZ Y MUERTE (Suspensión provisional).—

La Ley 15 de 1982 limita la INEMBARGABILIDAD a las sumas destinadas al pago de las pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte.

Suspéndese provisionalmente el artículo 5º del Decreto reglamentario 221 de 1986 proferido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 382. Actor: Agustín Castillo Zárate.

El abogado Agustín Castillo Zárate, obrando en su propio nombre, a título personal y en ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita se declare la nulidad de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto reglamentario 0221 del 21 de enero de 1986, "por el cual se reglamenta la Ley 43 de 1975 y se decreta la administración e inversión de caudales públicos", expedido por el señor Presidente de la República en asocio de su Ministra de Educación Nacional; y la nulidad de la frase "y la entidad territorial" del artículo 1º del mismo Decreto.

Además solicita el actor que se decrete la suspensión provisional de las normas acusadas, materia de esta demanda.

En atención a que la demanda reúne los requisitos legales y que para su conocimiento es competente esta Corporación en aplicación del numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, será admitida.

Suspensión provisional:

Considera el actor que el Decreto reglamentario 0221 de 1986 es violatorio de los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional, de la Ley 43 de 1975 y de la Ley 15 de 1982, por cuanto el Gobierno Nacional, con dicho Decreto, despojó unilateralmente a las entidades territoriales de bienes y rentas de su propiedad.

1º El artículo 1º del Decreto acusado señala que las entidades territoriales deben aportar recurso para atender el pago de las prestaciones sociales del personal docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975.

Dicha disposición, anota el actor, es violatoria de la Constitución Nacional por cuanto ésta consagra la independencia "entre el patrimonio de la Nación y el patrimonio de las entidades territoriales". Además, es contraria a los artículos 1º y 2º de la misma Ley 43 de 1975 que señalan, en su orden, que "la educación primaria y secundaria oficial será un servicio público a cargo de la Nación" y "las prestaciones sociales que se causen a partir del momento de la nacionalización serán atendidas por la Nación".

2º Según el inciso 2º del artículo 182 de la Constitución Nacional es mediante la ley que se le pueden atribuir servicios o cargas a las entidades territoriales, pero no mediante un Decreto reglamentario como el acusado, el cual, mediante su artículo 2º otorga a los jefes de las administraciones seccionales de las entidades territoriales, y a los gerentes de las cajas de previsión social de éstas, el carácter de ordenadores del gasto de los recursos destinados al pago de prestaciones sociales del personal docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975.

3º El artículo 3º del Decreto acusado revive disposiciones anuladas del Decreto reglamentario 223 del 3 de febrero de 1977 (contrariando así la prohibición de reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la jurisdicción contenciosa administrativa), pues "se toma como fecha de nacionalización el 1º de enero de 1981", siendo que el Consejo de Estado expresó en sentencia del 17 de mayo de 1985: "No deja duda alguna el texto de la ley en estudio (Ley 43 de 1975), que el proceso de la nacionalización de la educación primaria y secundaria, por la cual la Nación asume la totalidad de los gastos de funcionamiento se inició el 1º de enero de 1976...".

4º El artículo 4º del Decreto acusado favorece a la Nación en la forma de liquidación que se adopta, en detrimento del patrimonio de las entidades territoriales. Actuación ésta contraria a lo dispuesto en el artículo 183 de la Constitución Nacional, que señala que "los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; ...".

Además, el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 43 de 1975 ordenó que las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá le pagarán a la Nación dentro de los 10 años siguientes el valor de las prestaciones sociales causadas a favor de los maestros por razón de su vinculación a las entidades territoriales, pero como se vio, agrega el actor, esos diez años ya expiraron, luego "la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional no puede ejercerse sobre esta materia, puesto que carece de objeto".

5º La Ley 15 de 1982 dispone en su artículo 1º que "los dineros oficiales para el pago de jubilación, vejez, invalidez y muerte son inembargables...". Empero, el artículo 5º del Decreto acusado dispone la inembargabilidad del dinero destinado al pago de las "prestaciones sociales" del personal docente y administrativo nacionalizado mediante la Ley 43 de 1975; luego en este punto del Decreto reglamentario acusado excede lo dispuesto en dicha ley.

6º El artículo 6º del Decreto acusado constriñe a las entidades territoriales a que condenen recursos propios en favor de la Nación, "y esto es contrario a lo dispuesto en el artículo 183 de la Constitución Nacional, sobre derechos adquiridos de las entidades territoriales".

Concluye el actor manifestando que el Decreto acusado fue expedido con desviación de las atribuciones propias del Gobierno Nacional, "pues la materia de que trata no es objeto del ejercicio de la potestad reglamentaria sino materia de una ley de la República".

Consideraciones:

a) No aparece violatoria de ninguna norma de mayor categoría el artículo 1º del Decreto reglamentario 221 de 1986 por el hecho de decir que los recursos que deban aportar las entidades territoriales para dar cumplimiento a los preceptos de la Ley 43 de 1975, se manejan de determinada manera. Nótese que el texto no está imponiendo obligación y sólo se limita a señalar un procedimiento para las entidades territoriales que "deban" aportar dineros para los fines allí indicados, lo cual supone que si no tienen deuda alguna, dichas entidades no están cobijadas por la disposición.

Por otra parte, ningún, elemento de juicio existe en los autos para definir desde ya que las entidades territoriales, por disposición legal, no deban hacer aportes por deudas contraídas antes de la vigencia de la Ley citada;

b) Tampoco encuentra el Despacho violatorio del artículo 182 constitucional el artículo 2º del Decreto acusado, porque se limita a señalar el funcionario o la dependencia que deba administrar los recursos provenientes de la nacionalización de la educación. No parece indebido, a primera vista, que quien tiene a su cargo la atención de una obligación económica, señala la entidad que deba manejar sus dineros con la participación de quien los provee, como ocurre en este caso con la indicación del ordenador del gasto a nivel seccional y la refrendación y auditaje encomendados a autoridades nacionales, porque la Nación es la dueña de los recursos. Para definir tal punto será necesario profundizar en las relaciones constitucionales y legales que existen entre la Nación y las entidades territoriales, cuestión que escapa evidentemente al estudio del asunto frente a la solicitud de suspensión provisional;

c) No encuentra este Despacho reproducidas en el Decreto 221 de 1986, las normas del parcialmente anulado Decreto 223 de 1977. En efecto, de los artículos 1º y 6º de este último estatuto, fueron anuladas las siguientes expresiones: Artículo 1º "... en la medida en que se perfeccionen, en cada caso, el proceso que ejecute la nacionalización...". Artículo 6º "... y cumplidos los requisitos reglamentarios que en desarrollo del mismo se señalan en el presente Decreto...". Y la fijación del 1º de enero de 1981, como fecha a partir de la cual debe considerarse

nacionalizada la educación, bien puede referirse, y así parece deducirse del texto de la Ley 43 de 1975, a la fecha en que se consumó el proceso de nacionalización iniciado en 1976, ya que de conformidad con el artículo 3º de la ley reglamentada, a partir de este último año comenzaron las obligaciones de la Nación, que fue asumiendo parcialmente, hasta llegar a la totalidad de los gastos sólo el 31 de diciembre de 1980, y no como lo afirma el demandante;

d) Teniendo en cuenta lo dicho en el literal anterior, resulta obvio que no existe palmaria transgresión de norma alguna de la Constitución o de la ley por la forma como el artículo 4º del Decreto acusado señala el criterio para llevar a cabo la liquidación por forma que dispone la ley en el inciso segundo del artículo 2º. Es posible, como lo afirma el actor, que el sistema o criterio resulta favorable para la Nación y desfavorable para las entidades territoriales, sin respaldo en la Constitución y en la ley, y antes bien, contrariando normas de aquella y de ésta. Mas la lectura del artículo en comentario indica que el estudio de los factores salariales relacionados con los servicios personales, los porcentajes señalados para previsión social y prestaciones distintas a cesantías, para éstas, etc., así como lo relacionado con las previsiones de los parágrafos del artículo, desbordan la posibilidad de una apreciación inmediata y directa para señalar contradicción de estos preceptos con lo dispuesto y querido por la ley objeto de reglamentación;

e) El artículo 5º del Decreto reglamentario 221 de 1986 sí resulta franca y claramente violatorio de la Ley 15 de 1982 al extender la inembargabilidad allí consagrada, a todas las prestaciones sociales, cuando el texto al cual se refiere, la limita a las sumas destinadas al pago de las pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte. Evidentemente el Decreto reglamentario excede la ley;

f) El artículo 6º se limita a dar autorización a los Ministros de Hacienda y Educación para suscribir convenios con las entidades territoriales. Si se trata de convenios, los principios y normas que rigen para éstos son los propios de la contratación administrativa e interadministrativa, entre los cuales resulta fundamental el acuerdo de voluntades sobre el objeto del respectivo convenio. Así las cosas, no se vé por qué razón el texto acusado pretenda obligar a las entidades territoriales a condonar recursos que por ley les pertenecen.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se

Resuelve:

Primero. Admítase la demanda de nulidad formulada contra el Decreto reglamentario 221 de 1986 (enero 21) por el cual se reglamenta la Ley 43 de 1975 y se decreta la administración o inversión de caudales públicos. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente este auto al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda a la señora Ministra de Educación Nacional y solicítese a ese Despacho los antecedentes del acto acusado;

c) Fíjese este asunto en lista por el término de diez (10) días para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

Segundo. Deniégase la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, y 6º del Decreto 221 de 1986 expedido por el Gobierno Nacional.

Tercero. Se decreta la suspensión provisional del artículo 5º del Decreto reglamentario 221 de 1986 proferido por el Gobierno Nacional.

Notifíquese.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

REGIMEN DEPARTAMENTAL. Decreto 1222 de 1986. FACULTAD CORRECTIVA. Artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal.

LEY. INTERPRETACION, REFORMA Y DEROGACION.

Solamente el Congreso Nacional se le ha dado facultad constitucional de "integrar, reformar y derogar las leyes preexistentes" y de "expedir Códigos en todas las normas de la legislación y reformar sus disposiciones" facultades éstas que únicamente las puede desplegar al Presidente de la República dentro del lapso temporal que le otorga el legislador ordinario a través de una ley de facultades precisas.

Se suspende provisionalmente los efectos de los artículos primero, segundo y tercero del Decreto número 1736 de 29 de mayo de 1986 "por el cual se corrigen unos artículos del Decreto 1222 de 1986".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 431. Actor: Alberto Montoya Montoya.

Ejercitando en su propio nombre la acción popular de anulación contemplada en el precepto número 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Alberto Montoya Montoya acude a esta Corporación en demanda de nulidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto número 1736 proferido con fecha 29 de mayo de 1986 por el señor Presidente de la República, mediante las cuales normas "corrigió" otras tantas disposiciones del llamado Estatuto de Régimen Departamental adoptado a través del Decreto extraordinario 1222 de 1986. El demandante pide, además, el Decreto de suspensión provisional de las disposiciones acusadas, por reputar que se satisfacen los requisitos que la ley exige para adoptar tal medida cautelar.

De conformidad con los requisitos meramente formales que la ley exige, la demanda será admitida por satisfacerlos.

Suspensión provisional:

En el mismo libelo de demanda el actor solicita sea declarada la suspensión provisional de las disposiciones que acusa, por ser ostensible la violación en que éstas incurren frente a disposiciones de estirpe superior, tales como los artículos 2º, 55, 76-1-2-12, 120-2º-3º, etc., de la Constitución Política.

El siguiente es el texto de los actos acusados, materia de la nulidad impetrada, lo mismo que de la suspensión provisional que pide el actor:

"Artículo 1º Corrígese el artículo 194 del Decreto 1222 de 1986 y ordénase que donde dice 'sesenta y cuatro por ciento (64%)' debe anotarse 'cincuenta y cuatro por ciento (54%)'. En consecuencia, su texto será el siguiente:

" 'Artículo 194. Señálase el cincuenta y cuatro por ciento (54%) del valor de los billetes que componen cada sorteo, como el mismo que podrá destinarse al pago de los premios; y el catorce por ciento (14%) del mismo valor como el mínimo de participación que en cada sorteo debe corresponder al respectivo departamento'.

"Artículo 2º Corrígese el parágrafo del artículo 200 del Decreto 1222 de 1986, y ordénase incluir como texto del mismo artículo 2º del Decreto legislativo 386 de 1983, en reemplazo del parágrafo del artículo 3º de la Ley 1ª de 1982. En consecuencia, el texto de dicho parágrafo será:

" 'Parágrafo. Las loterías de Bogotá y Cundinamarca podrán establecer independientemente juegos de apuestas permanentes o firmar convenios para organizar un único juego'.

"Artículo 3º Corrígese el artículo 201 del Decreto 1222 de 1986 y ordénase en su lugar codificar el texto del artículo 1º del Decreto legislativo 386 de 1983 y las referencias a las demás normas vigentes de éste que regulan el juego de apuestas permanentes. En consecuencia, su texto será el siguiente:

" 'Artículo 201. En desarrollo de la Ley 1ª de 1982, las loterías o beneficencias podrán emitir formularios de distintos valores o nominaciones por los cuales los concesionarios pagarán un precio equivalente al 6% del monto total máximo de apuestas posibles por formulario. El valor de estos formularios no se cargará a los apostadores y representa la regalía correspondiente'.

"Los demás aspectos inherentes a los juegos de apuestas permanentes no regulados en este Código, continuarán rigiéndose por el Decreto legislativo 386 de 1983".

Para sustentar la flagrante violación de normas superiores, el actor trae, entre otras consideraciones, las siguientes:

"8º El artículo 339 del Código de Régimen Departamental *derogó* todas las normas legales sobre organización y funcionamiento de la administración departamental *no codificadas en dicho estatuto*. Para el caso que nos ocupa, derogó expresamente el Decreto legislativo número 386 de febrero 10 de 1983 y su Decreto reglamentario número 33 de 1984.

"9º Sobre el juego de apuestas permanentes, el Presidente de la República sólo codificó y *dejó vigente* la Ley 1ª de 1982; reviviendo en ese acto con fuerza de ley (se refiere al Decreto extraordinario 1222 de

1986), normas que anteriormente habían sido derogadas y *dejando por fuera* normas vigentes como lo era el Decreto legislativo número 386 de 1983 y como consecuencia de ello obviamente su Decreto reglamentario número 33 de 1984, preceptos que al no ser codificados se entienden derogados por mandato del artículo 339 del Decreto extraordinario 1222 de 1986, sobre Código de Régimen Departamental.

"En efecto, el Presidente de la República al codificar la Ley 1ª de 1982, lo hizo en la misma transcripción literal de la normatividad allí consignada, en la siguiente forma: El artículo 1º de la Ley 1ª de 1982 quedó codificado en el artículo 199 del Código de Régimen Departamental; el artículo 3º de la Ley 1ª de 1982 fue codificado en el artículo tercero del Código de Régimen Departamental, reviviendo con un acto de igual fuerza jurídica a la Ley una norma que había sido derogada anteriormente por el artículo 11 del Decreto legislativo número 386 de 1983. El artículo 4º de la Ley 1ª de 1982, que había sido derogado por el artículo 11 del Decreto legislativo 386 de 1983, fue revivido al codificarse en el Código de Régimen Departamental en el artículo 201. El artículo 5º de la Ley 1ª de 1982, fue codificado en el artículo 202 del Código de Régimen Departamental; el artículo 6º de la Ley 1ª de 1982 fue codificado en el artículo 203 del citado Código y por último el artículo 7º de la Ley 1ª de 1982 fue codificado en el artículo 204 del Código de Régimen Departamental.

"10. En la codificación del Régimen Departamental, como se observa, quedaron por fuera el Decreto legislativo número 386 de 1983 y su Decreto reglamentario 33 de enero 12 de 1984 (...).

"11. Fue tan protuberante el error jurídico cometido por el señor Presidente de la República al codificar una norma legal derogada, que para enmendar su error expide el Decreto 1736 de mayo 29 de 1986, creando en la escala piramidal una nueva clase de decretos que podemos llamar 'correctivos', en donde en los considerandos respectivos admite su error, y so pretexto de la facultad conferida por el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913 sobre el derogado Código de Régimen Político y Municipal, para modificar por los funcionarios que expiden el acto, los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras, decide en ejercicio de ese mandato legal, la 'derogatoria' de las normas con fuerza de ley expedidas, como lo son los artículos 194, 200 y 201 del Decreto extraordinario 1222 de 1986; y la expedición de normas diferentes en su *contenido, espíritu e intención del ejecutivo legislador* como efectivamente acontece con los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1736 de mayo 29 de 1986 (...) usurpando con ello, funciones del legislador y tratando a la vez de revivir términos o facultades extraordinarias ya agotadas como aconteció con el Código de Régimen Departamental.

"12. El Gobierno, con este grave error ha causado un vacío jurídico en lo pertinente a la actividad del juego de 'apuestas permanentes', especialmente con la abolición del *'formulario especial'* creado por el artículo 1º del Decreto legislativo 386 de 1983 y privando con esa omisión y actuación de rentas importantes que ingresan al Tesoro de las beneficencias departamentales para dedicarla a los programas de la salud pública" (Subraya el accionante).

Sigue anotando el actor que con el Decreto 1736 acusado, se ha expedido "un decreto presidencial diferente al tipo de decretos o de actos del Ejecutivo nacional en el derecho colombiano", que no encaja en ninguna de las diversas modalidades de decretos que de acuerdo con la Carta Fundamental puede emitir el Primer Magistrado, por lo cual dicho Decreto 1736 de 1986 "de corrección o correctivo" ostensiblemente quebranta los artículos 2º y 55 de la Constitución, preceptos "que establecen las funciones separadas de los poderes públicos y el poder reglado o de acatamiento que la Constitución les ordena. Igualmente aparece en contradicción con los ordinales 1º, 2º y 12 del artículo 76 de la Constitución, que atribuye al Congreso por medio de leyes la facultad de 'interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes' (ord. 1º), precepto constitucional en concordancia con los artículos 25 y siguientes y 71 y 72 del Código Civil; 2º Expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones'... '12. Revestir, pro témpore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen' (...). En modo idéntico se desconoció por el señor Presidente el ordinal 2º del artículo 120 de la Carta, pues no *obedeció* y veló por el exacto cumplimiento de los artículos 194, 200 y 201 del Decreto-ley 1222 de 1986; sinó (sic) que los desconoció y no procuró su cumplimiento, y en pretendidas facultades que no posee, los modificó totalmente por otras normas que se encontraban derogadas por expreso mandato del artículo 339 del Código de Régimen Departamental". Termina el actor diciendo que también quebrantó el Presidente el ordinal 3º del canon 120 del Estatuto Supremo, sobre potestad reglamentaria, la cual no ejerció a través del Decreto atacado (Las subrayas son del demandante).

Del negocio en cuestión se deduce lo siguiente: El Presidente de la República y su Ministro de Gobierno expidieron el Decreto extraordinario número 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental, con base en las facultades conferidas por el legislador ordinario a través del literal b) del artículo 35 de la Ley 3ª de 1986, que autorizaban al Gobierno para "codificar las disposiciones constitucionales y legales *vigentes* para la organización y funcionamiento de la Administración Departamental". Tales facultades fueron otorgadas por cien (100) días hábiles que discurrieron entre el 11 de enero y el 13 de mayo de 1986, ambas fechas límites inclusive.

El Decreto 1736 de 1986 acusado, lo expidió el Presidente alegando sus "atribuciones constitucionales y legales" y "por el cual *se corrigen* unos artículos del Decreto 1222 de 1986", como se indica en su parte enunciativa. Según el artículo 5º del Decreto, éste rige a partir de su publicación, que lo fue en el Diario Oficial número 37496 del 5 de junio de 1986. Para esta fecha ya había vencido el lapso de facultades extraordinarias temporales y precisas que le otorgó la Ley 3ª de 1986 y por esto dicho Decreto no se dictó con base en tales facultades, sino alegando el "deber correctivo" que expresa el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal adoptado por la Ley 4ª de 1913, que dispone: "Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador".

Dicen los dos últimos considerandos del Decreto 1736 "correctivo": "Que el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal autoriza a los funcionarios respectivos para modificar los yerros en las citadas o referencias de unas leyes a otras, cuando no quede duda sobre la voluntad del legislador.

"Que, de acuerdo con los considerandos anteriores, deben corregirse los errores que se presentan en los artículos 194, 200 y 201 del Decreto 1222 de 1986".

Los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1736 de 1986, acusados "corrigen", en su orden, los preceptos 194, el parágrafo del 200 y el 201 del Decreto extraordinario 1222 de 1986. Pues bien: Ni el artículo 194, ni el parágrafo del artículo 200 del Decreto-ley 1222 de 1986 hacen "citas o referencias de unas leyes a otras"; y el artículo 201 del mismo Decreto-ley solamente se refiere al artículo 199 *ibídem*, norma esta última que por estar bien citada y referida no fue materia de "corrección" por parte del Decreto 1736 de 1986. En consecuencia, por no existir yerros en las citas o referencias aludidas, no cabe invocar la facultad correctiva del artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal invocada por el Gobierno para expedir el Decreto 1736 atacado. Al respecto se anota que, en contra de lo aseverado por el actor, para quien el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal está derogado, para el Despacho este precepto se encuentra en vigencia, lo mismo que algunas otras disposiciones de la Ley 4ª de 1913, puesto que la derogatoria establecida por el artículo 385 del Decreto-ley número 1333 de 1986 no lo cobija. Empero, no por estar rigiendo, tal canon 45 mal ha podido servir al Gobierno para expedir el Decreto 1736, como se deja sentado, al no caber la corrección impetrada en la parte considerativa de este Decreto.

En los once (11) largos considerandos del Decreto 1736 acusado se trata de justificar legalmente la expedición del Decreto con base en el preanotado deber correctivo, al aceptarse allí el yerro de haber pasado por alto y por ende haberse derogado por el Decreto extraordinario 1222 de 1986, artículo 339, unas disposiciones vigentes del Decreto legislativo número 386 de 1983 de emergencia, atinentes a "apuestas permanentes" que beneficiaban a los Departamentos, Decreto este 386 que a su turno había derogado unas disposiciones de la Ley 1ª de 1982. Al respecto igualmente cabe anotar que el fallo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 17 de marzo de 1983, al ejercer el control constitucional automático del Decreto legislativo 386 de 1983, declaró inexequibles los artículos 9º y 10 de este Decreto, dejando vigentes, por exequibles, sus demás disposiciones. Consecuencialmente, no han debido dejarse por fuera, derogándolas, unas disposiciones del Decreto legislativo 386 de 1983, normas que por estar en vigencia han debido quedar incorporadas o codificadas en el Estatuto de Régimen Departamental adoptado por el Decreto extraordinario 1222 de 1986.

Lo anotado indica a las claras que con la expedición del Decreto 1736 de 1986, y específicamente con sus artículos 1º, 2º y 3º materia de la demanda de nulidad y de la medida cautelar de suspensión provisional, se han quebrantado de manera ostensible los artículos 2º, 55 y 76-1-2 de la Superley, pues solamente al Congreso Nacional se le ha dado la facultad constitucional de "interpretar, reformar y derogar las

leyes preexistentes" y de "expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones", facultades éstas que únicamente las puede desplegar el Presidente de la República dentro del lapso temporal que le otorgue el legislador ordinario a través de una ley de facultades precisas. No ocurriendo esto en el caso *sub exámine*, procede decretar la medida cautelar suspensiva solicitada por el demandante.

Las consideraciones precedentes mueven al Despacho a ***decidir:***

1º Se *admite la demanda propuesta.* Por tanto, *se dispone:*

a) Tener al ciudadano Alberto Montoya Montoya como parte demandante;

b) Notificar personalmente esta providencia al Fiscal Primero de la Corporación;

c) Igualmente notificar este proveído de manera personal al Ministro de Gobierno (arts. 149 a 151 del C. C. A.);

d) Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos indicados en el numeral 3 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo;

e) Solicitar por Secretaría al Ministerio de Gobierno la remisión de los antecedentes administrativos correspondientes.

2º *Suspender provisionalmente* los efectos de los artículos primero (1º), segundo (2º) y tercero (3º) del Decreto número 1736 de 29 de mayo de 1986, "por el cual se corrigen unos artículos del Decreto 1222 de 1986".

3º Se previene la prohibición que expresamente establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción de las disposiciones del Decreto 1736 de 1986 cuyos efectos han sido suspendidos en forma provisoria.

4º Enviar copia auténtica *in integrum* de esta providencia al Ministro de Gobierno y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS. LIQUIDACION DE REVISION.—

Decreto extraordinario 3410 de 1983 no contiene la exigencia restrictiva contenida en el numeral 1º del artículo 10 del Decreto reglamentario 3834 de 1985 en la parte que dice; "o cuando el contribuyente solicite retención, anticipo o saldos a favor, inexistentes o en cuantías superiores a las reales. Suspéndase provisionalmente los efectos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 1266. Actor: Silvio Pulido Pinto. Autoridades nacionales. Suspensión provisional. Acción provisional y suspensión provisional del numeral 1 en la parte subrayada, numerales 2 y 3 del parágrafo del artículo 10 del Decreto reglamentario número 3834 de 1985 proferido por el Gobierno Nacional. Auto.

El abogado Pedro Silvio Pulido Pinto, obrando en su nombre personal y en acción pública de nulidad, pide que se anule el parágrafo del artículo 10 del Decreto reglamentario 3834 de 1985 en la parte que dice:

", o cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipo o saldos a favor inexistentes o en cuantías superiores a las reales".

Fundamenta la demanda de nulidad en la consideración de que esas exigencias nuevas para que los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, no puedan ser objeto de liquidación de revisión, no contenidas en los artículos 13, 14 y 15 del Decreto extraordinario 3410 del 14 de diciembre de 1983, los cuales transcribe.

El libelo reúne los requisitos de forma que exige la ley, y en tal virtud debe admitirse. Y como además, se pide la suspensión provisional, se procede a su estudio.

El Decreto reglamentario 3834 de diciembre 27 de 1985, tiene por objeto fijar los plazos y lugares para la presentación de las declaraciones tributarias por el año gravable de 1985, principalmente y otras disposiciones. En el artículo 10, que se transcribe en su integridad así como las disposiciones de mayor jerarquía, que se dice violar y que también se transcriben, dice:

"Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a llevar libros de contabilidad cuyo impuesto

a cargo cumpla los requisitos establecidos en el artículo anterior y presente su declaración de renta firmada por contador público o revisor fiscal, según corresponda, solamente podrá ser objeto de liquidación de revisión cuando la investigación que sirvió de fundamento al requerimiento especial provenga de una selección basada en programas de computador elaborados mediante la aplicación de índices de tributación y siempre y cuando el contribuyente se encuentre por debajo del promedio del respectivo índice".

"Los contribuyentes que no presenten su declaración de renta firmada por contador público o que no estén obligados a llevar libros de contabilidad gozarán del beneficio establecido en este artículo siempre y cuando incrementen su impuesto a cargo por lo menos en un 34% y cumplan los demás requisitos previstos en el artículo anterior".

Parágrafo. "El beneficio contemplado en este artículo no se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando los rechazos de costos y deducciones provengan del no pago de la retención en la fuente, de acuerdo con lo previsto en los artículos 68 y 72 del Decreto 3803 de 1982 y demás normas concordante, *o cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipos o saldos a favor, inexistentes o en cuantías superiores a las reales*".

2. "Cuando al momento de producir el requerimiento especial el contribuyente tuviere deudas de plazo vencido con la Administración de Impuestos Nacionales".

3. "Cuando no se cumplan los requisitos exigidos en el presente artículo, con ocasión de la declaración inicial presentada en forma oportuna, o a más tardar dentro del término previsto para presentar la corrección oportuna".

Los artículos que contradicen, son los siguientes según la demanda del Decreto extraordinario 3410 de diciembre 14 de 1983:

Artículo 13. "Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a llevar libros de contabilidad, cuya declaración de renta e impuestos a cargo cumplan los requisitos de que tratan los artículos 10 y 12 del presente Decreto, *solamente podrán ser objeto de liquidación de revisión,* cuando la investigación que sirvió de fundamento al requerimiento especial provenga de una selección basada programas de computador, elaborados mediante la aplicación de índices de tributación y siempre y cuando el contribuyente se encuentre por debajo del promedio del respectivo índice" (Subraya el actor).

Artículo 14. "Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios *no obligados a presentar declaración de renta suscrita por contador público revisor fiscal,* cuyo impuesto a cargo por concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio, con relación al liquidado por los mismos conceptos en el año gravable inmediatamente anterior, crezca por lo menos en el porcentaje que se indica en este artículo, solamente *podrán ser objeto de liquidación de revisión,* cuando la investigación que sirva de fundamento al requerimiento especial provenga de una selección

basada en programas de computador, elaborados mediante aplicación de índices de tributación y siempre y cuando el contribuyente se encuentre por debajo del respectivo índice".

"El porcentaje a que hace referencia el inciso anterior será el que se obtenga de aproximar el porcentaje entero más cercano, el resultado de multiplicar 1.4 por el incremento porcentual del índice de precios al consumidor para empleados que corresponde elaborar al Departamento Nacional de Estadística en el período correspondiente entre el 1º de julio del respectivo año gravable y la misma fecha del año anterior".

"Para los efectos de este artículo, el porcentaje que represente el impuesto a cargo liquidado por el contribuyente por concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio, dentro de los ingresos netos obtenidos por el mismo, no pdrá ser inferior a los porcentajes que se indican en el artículo 10 del presente Decreto".

Artículo 15. "Lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del presente Decreto no se aplicará cuando los rechazos de costos y deducciones provenga del no pago de la retención en la fuente de acuerdo con lo previsto en los artículos 68 y 72 del Decreto 3803 de 1982 y demás normas concordantes".

Los artículos 68 y 72 del Decreto 3803 de 1982, prescriben respectivamente que:

"Los costos y deducciones que hubieren sido objetos o rechazados por no acreditarse la retención en la fuente, serán aceptados siempre y cuando se demuestre que la respectiva consignación, incluidos los intereses de mora, se hizo antes del vencimiento del plazo para declarar", y que "quienes no hagan la retención en la fuente estando obligados a hacerlo o lo hagan en cuantía inferior a la exigida, incurrirán en las siguientes sanciones: Entre las que se indican la de responder solidariamente con el contribuyente por la suma que debió retener el desconocimiento de costos y deducciones y el pago de interés de mora".

Los artículos 10 y 12 del Decreto extraordinario 3410 de 1983 prescriben en su orden la exoneración de presentar la información tributaria exigida en el mismo Decreto, cuando en su liquidación privada se autoliquida un impuesto a cargo por renta, ganancias ocasionales y patrimonio que supere los porcentajes indicados en el mismo artículo de los mismos impuestos en su declaración del año anterior, con algunas excepciones y para los contribuyentes obligados a llevar un libro de contabilidad para cumplir con el deber formal de declarar, "deberán presentar la declaración de renta y complementarios firmada por revisor fiscal, cuando estén obligados a tenerlo conforme al Código de Comercio. Para los demás" contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, deberán presentar la declaración de renta firmada por contador público, esté vinculado o no al contribuyente, cuando su patrimonio bruto en el último día del período gravable sea superior a veinte millones de pesos ($ 20.000.000.oo) o cuando los ingresos brutos anuales sean superiores a treinta millones de pesos (hoy $ 34.600.000.oo).

La norma transcrita y a las que se han hecho referencia no contienen la exigencia restrictiva contenida en el numeral 1º del parágrafo del artículo 10 del Decreto reglamentario 3834 de diciembre 27 de 1985, en la parte que dice: *"O cuando el contribuyente solicite retención, anticipo o saldos a favor, inexistentes o en cuantías superior a las reales"*, por cuanto esta restricción no se encuentra en la ley sustantiva que dice reglamentar.

En mérito de lo expuesto, se,

Resuelve:

1. Admítase la demanda.

2. Notifíquese al Fiscal.

3. Suspéndase provisionalmente los efectos de la frase "o cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipos o saldos a favor, inexistentes o en cuantías superiores a las reales", contenidas en el numeral 1º del parágrafo único del artículo 10 del Decreto reglamentario 3834 de diciembre 27 de 1985.

4. Notifíquese personalmente al Director General de Impuestos Nacionales.

5. Que se fije en lista por el término de diez (10) días, para los efectos del numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

6. No se solicitará el envío de antecedentes administrativos porque se trata de acción de simple nulidad de una norma reglamentaria.

Notifíquese y cúmplase.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrano, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS.— Decreto 353 de 1984. PATRIMONIO NETO ES IGUAL AL ACTIVO MENOS EL PASIVO (art. 10, Decreto 825 de 1978).

SOCIEDADES. PATRIMONIO LIQUIDO. BASE PARA EL CALCULO DE LA RENTA PRESUNTIVA.

Como el reglamento habla del valor patrimonial neto de los aportes pasivos por sociedades de cualquier naturaleza, está extendiendo a todas las sociedades y no como lo entiende la norma reglamentada de excluir a determinadas sociedades. SUSPENSION PROVISIONAL de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario 353 de 1984.

Se ordena la suspensión provisional de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario número 353 de 1984, así:

1º Del artículo segundo (2º) se suspende el ordinal 2º que dice:

"El sesenta por ciento (60%) del valor patrimonial neto representado en ganado en cría, hembras de levante y leche".

2º Del mismo artículo segundo (2º) del Decreto reglamentario número 353 de 1984 se suspende el ordinal tercero (3º) que dice: "El veinticinco por ciento (25%) del valor patrimonio neto de los predios rurales, cuando el valor patrimonial del bien se fije con base en el avalúo catastral".

3º Del artículo segundo (2º) del Decreto reglamentario número 353 de 1984 se suspende el ordinal 4º que dice: "El valor patrimonial neto de los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza en sociedades de responsabilidad limitada y asimilada".

4º Del artículo 3º del Decreto reglamentario número 353 de 1984 se suspende el numeral 1 que establece: "El valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que corresponden a sociedades de cualquier naturaleza, de sociedades colombianas".

5º Del artículo 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984 el ordinal 1º, en cuanto se remite al artículo segundo (2º) en la forma de determinar la renta presuntiva de que tratan los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983 y que dice: "Sobre el valor del patrimonio líquido determinado en la forma indicada en el artículo 2º del presente Decreto se calcula el seis por ciento (6%) por el año gravable de 1983, el siete por ciento (7%) por el año gravable de 1984 y el ocho por ciento (8%) para los años gravables de 1985 y siguientes".

6º El ordinal 2º del artículo 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984, en cuanto hace referencia a "que los ingresos netos base de las rentas presuntivas enumeradas sean los determinados en la forma indicada en el artículo 3º del presente

Decreto", por cuanto de dicho artículo 3º se suspendió el ordinal primero (1º).

7º Del Decreto reglamentario número 353 de 1984, artículo 4º, ordinal 3º en cuanto dispone que a la renta presuntiva por él "mayor valor de los dos numerales anteriores se sumen". "El valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que corresponden a sociedades de cualquier naturaleza en sociedades colombianas" (art. 3º, numeral 1º).

8º Del Decreto reglamentario número 353 de 1984 el artículo 6º junto con el artículo 4º, ordinal 3º en cuanto se dispone que la adición de los dividendos y las participaciones se cumpla en la etapa anterior a la de comparar los factores ante los cuales se toma la determinación para gravar sobre la renta real u ordinaria o sobre la renta presuntiva.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintitrés de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carmelo Martínez Conn.*

Proyecto: Doctor *José A. Castellanos Poveda.*

Referencia: Expediente número 1301. Actor: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y Alvaro Hernando Gama Beltrán contra Gobierno Nacional. Nulidad y suspensión provisional de los artículos 2º, numerales 2 y 3 y 4; artículo 3º, numeral 1; artículos 4º y 6º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

Los ciudadanos Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y Alvaro Gama Beltrán piden que se decrete la nulidad y suspensión provisional de los artículos 2º, numerales 2, 3 y 4; del artículo 3º, numeral 1º y de los artículos 4º y 6º del Decreto reglamentario 353 de 1984, por violación de normas jurídicas superiores principalmente de la Ley 9ª de 1983.

Por reunir los requisitos legales es procedente admitir la demanda como se hará en la parte resolutiva de este auto.

Sobre la suspensión provisional pedida es necesario analizar cada uno de los cargos en forma separada.

1º Artículo 2º, ordinal 2º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

a) Norma acusada. Dice la norma acusada: "Artículo 2º El patrimonio líquido base para el cálculo de la renta presuntiva, será el que se obtenga de excluir del patrimonio líquido del año anterior al gravable, el valor patrimonial neto de los activos representados en los siguientes bienes:

"2. El sesenta por ciento (60%) del valor patrimonial neto representado en ganado de cría, hembras de levante y leche";

b) Norma que se dice contrariada. Consideran los memorialistas que la disposición acusada viola el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 9ª de 1983, que dispone: "Artículo 15. Para efectos tributarios se presume que la renta líquida del contribuyente para el año gravable de 1983 no es inferior al 6% de su patrimonio líquido en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior, o al 1% de los ingresos netos obtenidos en el respectivo año gravable, si este último valor fuere superior. Para el año gravable de 1984, estos porcentajes serán del siete por ciento (7%) y del dos por ciento (2%) respectivamente; para los años gravables de 1985 y siguientes estos porcentajes serán del ocho por ciento (8%) y dos por ciento (2%) respectivamente...".

"Parágrafo 2. El ganado de cría, hembra de levante y leche, sólo se computarán para efectos de la determinación de la renta presuntiva en el cuarenta por ciento (40%) de su valor".

Para los actores la violación de la norma sustantiva es flagrante y su quebranto ostensible, pues la norma superior ordena excluir un porcentaje del valor total del cuarenta por ciento (40%) de "su valor", mientras el reglamento habla del 60% del patrimonio neto. Quiere decir lo anterior, que la norma reglamentaria califica el valor a tomar del patrimonio, para determinar la renta presuntiva cuando la norma sustantiva lo considera en su totalidad, sin restricción alguna.

Considera el Consejero sustanciador que la violación es flagrante y surge de la simple lectura y comparación de la disposición reglamentada con la reglamentaria, pues uno es el patrimonio total o su valor íntegro y otro bien distinto es el patrimonio neto pues éste surge al restarse el pasivo. En otros términos: El patrimonio neto es igual al activo menos el pasivo (V. gr. art. 10, Decreto Nº 825 de 1978). La norma reglamentaria contiene un límite, crea una situación muy diferente a la expresada por el legislador, con lo cual el Gobierno se excedió en la facultad reglamentaria que le otorga la Constitución Nacional. Al hacerlo, como ocurre en el caso *sub júdice*, excedió los límites constitucionales por la cual habrá que suspenderse la disposición acusada (art. 2º, numeral 2º del Decreto reglamentario Nº 353 de 1984).

2º Artículo 2º, ordinal 3º del Decreto reglamentario Nº 353 de 1984.

a) Norma acusada.

Establece la disposición acusada: "Artículo 2º El patrimonio líquido base para el cálculo de la renta presuntiva, será el que se obtenga de excluir del patrimonio neto de los activos representados en los siguientes bienes: '1.... 2º... 3º...' ". "El 25% del valor patrimonial neto de los predios rurales, cuando el valor patrimonial del bien se fije con base en el avalúo catastral".

b) Norma que se dice violada:

Artículo 23, parágrafo 1º de la Ley 14 de 1983, cuyo texto reza: "En el caso de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales, cuando el avalúo catastral de los bienes inmuebles que tengan el carácter de activos fijos fuere superior al costo fiscal, dicho avalúo se tomará en cuenta para determinar: A) La renta o ganancia ocasional obtenida en su enajenación;

B) La renta presuntiva;

C) Los patrimonios brutos, líquido y gravable;

D) El avalúo de los bienes relictos.

Parágrafo 1º Para los predios rurales el avalúo catastral señalado en los literales B), C) y D) sólo se tomará en el 75% de su valor".

Al igual que en el caso de la norma anterior acusada a primera vista se advierte que el precepto reglamentario quebranta, al agregar el vocablo *"neto"*, la disposición legal que está reglamentando, porque con ello ha transgredido la normatividad constitucional sobre las funciones de carácter reglamentario contenidas en la regla primera (1ª) del artículo 76 de la Constitución Nacional al igual que el artículo 120, numeral 3º, *ibídem*.

Siendo por tanto ostensible la violación de la norma reglamentada, habrá de suspenderse el numeral 3º del artículo 2º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

3º Artículo 2º, ordinal 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

a) Norma acusada:

Dice la disposición acusada:

Artículo 2º El patrimonio líquido base para el cálculo de la renta presuntiva, será el que se obtenga de excluir del total del patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable, el valor patrimonial neto de los activos representados en los siguientes bienes:

"1... 2... 3... 4. El valor patrimonial neto de los activos poseídos por sociedades de cualquier naturaleza en sociedad de responsabilidad limitada y asimiladas".

b) Norma que se considera violada: Artículo 16 de la Ley 9ª de 1983. Dispone así el artículo 16: "Los aportes y participaciones que a las sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas correspondan en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio líquido, la renta líquida ni los ingresos netos a que se refiere el inciso 1º, del artículo 15 de la presente ley. Para determinar el valor del aporte que se debe excluir, se descontará de éste la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda".

"La norma establecida en este artículo también se aplicará para las acciones y dividendos que correspondan a las sociedades de responsabilidad limitada en sociedades anónimas y asimiladas colombianas".

"Cuando la renta líquida de una sociedad limitada o asimilada se determine por el sistema de renta presuntiva, a la renta así determi-

nada se agregará el valor de las participaciones o dividendos que fiscalmente le correspondan por el respectivo ejercicio gravable".

Considera el Consejero sustanciador del proceso que la violación de la norma reglamentada es manifiesta y surge de la sencilla lectura de las disposiciones transcritas. Pues bien: El mandato legal de no tener en cuenta los aportes y participaciones rige para las sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas, y el reglamento se refiere a los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza. Igualmente el reglamento quebranta el penúltimo inciso del artículo 16 antes transcrito por cuanto se refiere a su aplicación *"para las acciones y dividendos que correspondan a las sociedades de responsabilidad limitada en sociedad anónimas y asimiladas colombianas"* (Subraya el Despacho).

Como el Reglamento habla del valor patrimonial neto de los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza, está extendiendo a todas las sociedades y no como lo entiende la norma reglamentada de excluir a determinadas sociedades. Por ello infringe la disposición de orden superior y habrá, por tanto, de suspenderse la disposición contenida en el numeral 4º del artículo 2º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

4º Artículo 3º, numeral 1º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

a) Norma acusada:

Preceptúa la disposición acusada: "Artículo 3º La base del cálculo de los ingresos netos para efectos de la renta presuntiva, se establecerá restando de los ingresos netos susceptibles de constituir renta, realizados en el año gravable, los que correspondan a los siguientes conceptos:

"1º El valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que correspondan a sociedades de cualquier naturaleza, en sociedades colombianas".

b) Precepto legal que se dice violado: Artículo 17 de la Ley 9ª de 1983.

Dice la disposición superior: "Artículo 17: Las acciones y dividendos que correspondan a sociedades anónimas y asimiladas en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio y la renta líquida ni los ingresos netos a que se refiere el inciso 1º del artículo 15 de la presente ley. Para determinar el valor de las acciones que deben excluirse, se descontará de dicho valor la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda.

"Cuando la renta líquida de una sociedad anónima o asimilada se determine por el sistema de renta presuntiva, a la renta así determinada se agregará el valor de los dividendos que le sean pagados o abonados en cuenta por el correspondiente ejercicio gravable".

Observa el Despacho que la norma sustantiva, artículo 17 de la Ley 9ª de 1983, ordena que los dividendos provenientes de sociedades

anónimas y asimiladas colombianas deben restarse de los ingresos netos para efectos de la determinación de la renta presuntiva. Como la disposición contenida en el reglamento transcrito hace presuntiva. Como la disposición contenida en el reglamento transcrito hace extensivo el beneficio a sociedades de cualquier naturaleza e incluye las participaciones no mencionadas por la norma sustantiva, se presenta la violación argumentada por la demanda y como consecuencia habrá de suspenderse igualmente el numeral 1º del artículo 3º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

5º Norma acusada. El artículo 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

a) Dice así la norma acusada: De conformidad con los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983, el valor de la renta líquida allí establecida se obtendrá en la siguiente forma:

"1º Sobre el valor del patrimonio líquido determinado en la forma indicada en el artículo 2º del presente Decreto se calcula el seis por ciento (6%) por el año gravable de 1983; el siete por ciento (7%) por el año gravable de 1984 y el ocho por ciento (8%) por el año gravable de 1985 y siguientes.

"2º Sobre el valor de los ingresos netos determinados en la forma indicada en el artículo 3º del presente Decreto se calcula el uno punto cinco (1.5%) por el año gravable de 1983 y el dos por ciento (2%) para los años gravables de 1984 y siguientes.

"3º Al mayor de los valores resultantes de los numerales anteriores, se suma el valor de los siguientes ingresos:

"a) El de los ingresos realizados en actividad económica sobre las cuales se acepta una reducción proporcional de la presunción de rentabilidad mínima a que hacen referencia los numerales 4, 5, 6 y 7 del artículo anterior y el de los dividendos mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, previamente afectados todos ellos por costos y deducciones imputables a dichos ingresos.

"Cuando existan deducciones que por su naturaleza sean comunes a la totalidad de los ingresos, sólo se podrán afectar los ingresos de que trata este artículo con el resultado de que se obtenga de multiplicar el monto de las deducciones comunes por el porcentaje que representen los ingresos netos excluidos dentro de los ingresos netos totales del contribuyente;

'b) El de las participaciones de que trata el numeral 1º del artículo anterior".

Como el ordinal 1º de este Decreto reglamentario establece que el patrimonio líquido básico para determinar la renta presunta de carácter general tratada por el artículo 15 de la Ley 9ª de 1983, ya transcrito anteriormente; la renta presuntiva especial aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada inversionistas de que trata el artículo 16 de la misma ley 9ª de 1983, igualmente transcrito anteriormente; y la renta presuntiva especial de las sociedades anónimas inversionistas establecida en el artículo 17 de la misma ley, así mismo transcrito en este proveído, se determine como lo indica el artículo 2º de este Decreto

(Decreto número 353 de 1984) y en razón de que los ordinales 2, 3 y 4 del artículo 2º del Decreto 353 de 1984 ya tratados, analizados y estudiados en esta providencia en los puntos 1º, 2º y 3º fueron suspendidos en forma provisional, es del caso suspender también el ordinal 1º del artículo 4º del Decreto reglamentario 353 de 1984.

En la misma forma los actores piden se decrete la suspensión provisional y posterior nulidad del ordinal 2º del artículo 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984, aquí transcrito.

Es de anotar que dicha norma (ordinal 2º, art. 4º, Decreto reglamentario 353 de 1984) dispone que los ingresos netos que sirven de base para la determinación de las rentas presuntivas se determinan como lo indica "el artículo 3º del presente Decreto"; y dicho artículo (el 3º, numeral 3º) se consideró ilegal según se expresa en el punto cuarto (4º) de esta providencia. Por tanto debe considerarse como en efecto se considera, que el ordinal 2º del artículo 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984, por remitirse para efectos de la determinación de las rentas presuntivas al artículo 3º, numeral 1º que se suspende por ilegal, también corra la misma suerte de la norma en que se apoya o que se invoca para su aplicación.

6º Solicitan así mismo los actores que se suspendan provisionalmente el ordinal 3º del artículo 4º y el artículo 6º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

a) Dicen así las normas acusadas: "Artículo 4º: De conformidad con los artículo 15, 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983, el valor de la renta allí establecida se obtendrá en la siguiente forma:

"1º Sobre el valor del patrimonio líquido determinado en la forma indicada en el artículo 2º del presente Decreto se calcula el seis por ciento (6%) por el año gravable de 1983, al siete por ciento (7%) por el año gravable de 1984 y el ocho por ciento (8%) para los años gravables 1985 y siguientes.

2º Sobre el valor de los ingresos netos determinados en la forma indicada en el artículo 3º del presente Decreto se calcula el uno punto cinco por ciento (1.5%) por el año gravable de 1983 y el dos por ciento (2%) para los años gravables 1984 y siguientes.

"3º Al mayor valor de los valores resultantes de los dos numerales anteriores, se suma el valor de los siguientes ingresos:

"a) El de los ingresos realizados en actividades económicas sobre las cuales se acepta una reducción proporcional de la presunción de rentabilidad mínima, a que hacen referencia los numerales 4º, 5º, 6º y 7º del artículo anterior, y el de los dividendos mencionados en el numeral 1º del mismo artículo, previamente afectados todos ellos con los costos y deducciones imputables a dichos ingresos.

"Cuando existan deducciones que por su naturaleza sean comunes a la totalidad de los ingresos sólo se podrán afectar los ingresos de que trata este artículo con el resultado que se obtenga de multiplicar en monto de las deducciones comunes por el porcentaje que representen los ingresos netos excluidos dentro de los ingresos netos totales del contribuyente;

"b) El de las participaciones de que trata el numeral 1º del artículo anterior".

b) Y el artículo 6º del Decreto reglamentario número 353 de 1984 disposición que se solicita se suspenda provisionalmente, rezan textualmente:

"Artículo 6º Para efectos de obtener la renta gravable se tomará como renta líquida la que resulte superior de comparar la renta líquida establecida por el sistema ordinario y la renta líquida establecida de conformidad con el artículo 4º de este Decreto. A dicha renta líquida se le restará la renta exenta".

c) Normas que se consideran violadas: Los artículos 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983 enseña:

"Artículo 16. Los aportes y participaciones que a las sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas correspondan en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio líquido, la renta líquida ni los ingresos netos a que se refiere el inciso 1º del artículo 15 de la presente ley. Para determinar el valor del aporte que se debe excluir se descontará de éste la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda".

"La norma establecida en este artículo también se aplicará para las acciones y dividendos que correspondan a las sociedades de responsabilidad limitada en sociedades anónimas y asimiladas colombianas".

"Cuando la renta líquida de una sociedad limitada o asimilada se determine por el sistema de renta presuntiva, a la renta así determinada se agregará el valor de las participaciones o dividendos que fiscalmente le correspondan por el respectivo ejercicio gravable".

Y el artículo 17 de la Ley 9ª de 1983, establece: "Artículo 17. Las acciones y dividendos que correspondan a sociedades anónimas y asimiladas en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio y la renta líquida, ni los ingresos netos a que se refiere el inciso 1 del artículo 15 de la presente ley. Para determinar el valor de las acciones que debe excluirse, se descontará de dicho valor la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda".

Ahora bien: Como se dijo al tratar la suspensión provisional del numeral 1º del artículo 3º del Decreto reglamentario número 353 de 1984 (Ver punto 4º de esta providencia) y ahora se repite, la disposición sustantiva —artículo 17 de la Ley 9ª de 1983— ordena que son los dividendos provenientes de sociedades anónimas y asimiladas colombianas, los que deban restarse de los ingresos netos para los efectos de la determinación de la renta presuntiva y dicho artículo 3º, numeral 1º que se suspende en esta misma providencia, hace extensivo el beneficio a sociedades de cualquier naturaleza, e incluye las participaciones no señaladas por la norma sustantiva, y como el ordinal 3º del artículo 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984 se remite en su aplicación a la disposición suspendida, es el caso de suspender provisionalmente el ordinal 3º del artículo 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984.

Fuera de lo anterior como tanto el artículo 4º, ordinal 3º del Decreto reglamentario número 353 de 1984 al igual que el artículo 6º *ibídem* aquí transcritos, establecen que la adición de los dividendos y las participaciones se efectúa antes de comparar los términos sobre lo que se deciden posteriormente grabar sobre renta presunta o sobre renta ordinaria, es claro que comparada la disposición de los artículos 4º, ordinal 3º y artículo 6 del Decreto reglamentario número 353 de 1984 quebranta tanto el inciso final del artículo 16 de la Ley 8ª de 1983, como el último inciso del artículo 17 *ibídem*, ya que son claros al decir que la adición se haga a la renta determinada por el sistema de presunción. Se concluye de lo anterior que tanto el ordinal 3º del artículo 4º, con el artículo 6º del Decreto reglamentario al infringir los ordenamientos superiores (incisos finales de los artículos 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983) deben suspenderse provisionalmente, por cuanto la adición a la renta presente se aplica o toma al final el proceso de determinación de la renta y es en este momento en que se decide el sistema para aplicar.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

1º Por cumplir los requisitos de ley, admítese la anterior demanda.

2º Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público a los particulares que puedan tener interés directo en las resultas del proceso en los términos que señala el artículo 207 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

3º Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director de Impuestos Nacionales de conformidad con los artículos 149 y 150 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

4º Se ordena la suspensión provisional de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario número 353 de 1984, así:

1ª Del artículo segundo (2º) se suspende el ordinal 2º que dice:

"El sesenta por ciento (60%) del valor patrimonial *neto* representado en ganado de cría, hembras de levante y leche".

2ª Del mismo artículo segundo (2º) del Decreto reglamentario número 353 de 1984 se suspende el ordinal tercero (3º) que dice: "El veinticinco por ciento (25%) del valor patrimonio neto de los predios rurales, cuando el valor patrimonial del bien se fije con base en el avalúo catastral".

3ª Del artículo segundo 2º) del Decreto reglamentario número 353 de 1984 se suspende el ordinal 4º que dice: "El valor patrimonial neto de los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas".

4ª Del artículo 3º del Decreto reglamentario número 353 de 1984 se suspende el numeral 1 que establece: "El valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que corresponden a sociedades de cualquier naturaleza, en sociedades colombianas".

5ª Del artículo 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984 el ordinal 1º, en cuanto se remite al artículo segundo (2º) en la forma de determinar la renta presuntiva de que tratan los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9ª de 1983 y que dice: "Sobre el valor del patrimonio líquido determinado en la forma indicada en el artículo segundo (2º) del presente Decreto se calcula el seis por ciento (6%) por el año gravable de 1983, el siete por ciento (7%) por el año gravable de 1984 y el ocho por ciento (8%) para los años gravables 1985 y siguientes".

6ª El ordinal segundo (2º) del artículo 4º del Decreto reglamentario número 353 de 1984, en cuanto hace referencia a "que los ingresos netos base de las rentas presuntivas enumeradas sean los determinados en la forma indicada en el artículo 3º del presente Decreto", por cuanto de dicho artículo 3º se suspendió el ordinal primero (1º).

7ª Del Decreto reglamentario número 353 de 1984, artículo 4º, ordinal 3º en cuanto dispone que a la renta presuntiva por él "mayor valor resultante de los dos numerales anteriores se sumen". "El valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que correspondan a sociedades de cualquier naturaleza en sociedades colombianas" (art. 3º, numeral 1º).

8ª Del Decreto reglamentario número 353 de 1984 el artículo 6º junto con el artículo 4º, ordinal 3º en cuanto dispone que la adición de los dividendos y las participaciones se cumpla en la etapa anterior a la de comparar los factores ante los cuales se toma la determinación para gravar sobre la renta real u ordinaria o sobre la renta presuntiva.

9ª Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para los efectos señalados en el artículo 207 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

Notifíquese y cúmplase.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. SUPERIOR JERARQUICO DE SUS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS. PROCESOS DISCIPLINARIOS (SUSPENSION PROVISIONAL).

El Presidente de la República NO ES "superior jerárquico" de los empleados y funcionarios de la Procuraduría General de la Nación en quienes concurra alguna causal de recusación, para que como tal conozca del respectivo impedimento y sustituya al "funcionario o empleado". PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. Reemplazo.

Suspéndese provisionalmente los efectos del giro "y el Presidente de la República" usado en el inciso primero, in fine, *del artículo 35 del Decreto reglamentario 3404 de 1983.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 494. Actor: Fabio Valencia Cossio.

Por cuanto se observa que la demanda satisface los requisitos meramente formales que la ley exige, será aceptada.

Suspensión provisional:

En la demanda misma el actor solicita el decreto de suspensión provisional de los efectos de la locución "y el Presidente de la República" que trae el artículo 35 del Decreto 3404 de 1983, reglamentario de las Leyes 25 de 1974 y 83 de 1936 y de los Decreto 2898 de 1953 y 521 de 1971, por quebrantar de manera ostensible preceptos de rango superior, como son los artículos 76-1, 120-3, 142, 143, 144 y 145 de la Carta Política, 3º de la Ley 83 de 1936 y 2º de la Ley 25 de 1974.

No son menester lucubraciones interpretativas para concordar con las alegaciones y pedimentos del acusador y concluir que del simple cotejo entre la locución acusada y las disposiciones de superior estirpe reputadas como violadas de manera grosera, *prima facie* aparece palpable tal quebranto, como quiera que el Presidente de la República ciertamente no es "superior jerárquico" de los "funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación en quienes concurre alguna causal de recusación", para que como tal conozca del respectivo impedimento y sutituya al "funcionario o empleado impedido", siguiendo las voces de los artículos 33 y 35 del Decreto reglamentario 3404 de 1983, materia de acusación en el giro anotado.

Sin acudir a la teoría de la "proposición jurídica incompleta" que saltuaria, aunque no constantemente, reclama la Corte Suprema de Justicia, se echa de ver tal flagrante transgresión por parte de la locución o giro acusado. Bastaría simplemente con invocar el artículo 4º de la Ley 25 de 1974, para confluir o coincidir con la ruidosa infracción, dado que tal disposición preceptúa: "El Viceprocurador General tendrá las siguientes funciones:

1. Reemplazar al Procurador General en casos de falta temporal o impedimento de éste. No siendo, pues, el Primer Magistrado de la Nación "superior jerárquico" de los "funcionarios o empleados" de la Procuraduría General en quienes en un caso específico concurra alguna causal de impedimento o recusación dentro de los procesos disciplinarios que tal repartimiento especial del Estado adelante, se evidencia el palmario quebranto y así se decretará adoptando la excepción medida cautelar impetrada.

Por lo expuesto, el Despacho

Decide:

1º *Admitir* la demanda propuesta. Por tanto, *manda:*

a) Se tiene al ciudadano Fabio Valencia Cossio como parte demandante en el proceso en referencia;

b) Se tiene a la Nación como parte demandada, en este caso representada por los señores Ministros de Gobierno y de Justicia y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil;

c) Notificar personalmente este proveído al Fiscal Primero de la Corporación;

d) Igualmente notificar de manera personal esta providencia a los señores Ministros de Gobierno y de Justicia y al Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil (C. C. A., arts. 149 a 151);

e) Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para efectos del artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo;

f) Solicitar por Secretaría los respectivos antecedentes administrativos a los despachos oficiales de que trata el literal d) precedente.

2º *Suspender provisionalmente* los efectos del giro "y el Presidente de la República" usado en el inciso primero, *in fine*, del artículo 35 del Decreto reglamentario número 3404 de 13 de diciembre de 1983.

3º Prevenir al Gobierno Nacional de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, sobre reproducción alguna del giro o locución "y el Presidente de la República" cuyos efectos se suspenden en forma provisoria.

4º Enviar copia auténtica, *in integrum*, de esta providencia a los Ministros de Gobierno y de Justicia y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. SUPERIOR JERARQUICO (Suspensión provisional).

No hay, conforme a nuestro aparato legal, circunstancia de mediación jerárquico entre el Presidente de la República y el Procurador General de la Nación. El jefe del Ministerio Público carece de superior jerárquico, administrativamente hablando.

Suspéndese provisionalmente los efectos del artículo primero (1º) del Decreto 3293 de 20 de octubre de 1986, proferido por el Presidente de la República y suscrito además por sus Ministros de Gobierno y de Justicia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 511. Actor: Fabio Valencia Cossio.

La demanda en referencia será admitida por reunir los requisitos formales que traza la ley.

Suspensión provisional

El ciudadano Fabio Valencia Cossio acude en su propio nombre a esta Corporación en ejercicio de la acción pública de nulidad (C. C. A., art. 84), con solicitud de suspensión provisional de los respectivos efectos, contra el Decreto número 3293 de octubre 20 de 1986, mediante el cual el Presidente de la República, con sus Ministros de Gobierno y de Justicia, alegando facultades de los artículos 30 del Código Contencioso Administrativo y 35 del Decreto reglamentario número 3404 de 1983, acepta el impedimento que al Primer Magistrado de la Nación le manifestó, como superior jerárquico suyo, el señor Procurador General de la Nación, doctor Carlos Mauro Hoyos Jiménez, "para conocer de la acción disciplinaria iniciada al entonces Gobernador de Antioquia, doctor Bernardo Guerra Serna".

El siguiente es el texto literal del acto administrativo materia de la acción de nulidad con suspensión provisional, aportado por el actor en fotocopia auténtica del Diario Oficial en donde fue publicado (fl. 1):

"DECRETO NUMERO 3293 DE 1986
(octubre 20)

"por el cual se acepta un impedimento del Procurador
"General de la Nación

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 30 del Código Contencioso Administrativo y 35 del Decreto 3404 de 1983, y

"CONSIDERANDO:

"Que en comunicación de 14 de los corrientes el Procurador General de la Nación ha manifestado su impedimento para conocer de la acción disciplinaria iniciada al entonces Gobernador de Antioquia, doctor Bernardo Guerra Serna.

"Que el Procurador General invoca como causal de su impedimento el 'haber hecho parte de listas de candidatos a Cuerpos Colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado'.

"Que la causal de impedimento manifestada por el señor Procurador General de la Nación tiene claro fundamento legal conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, por lo cual procede su aceptación.

"Que el artículo 35 del Decreto 3404 de 1983 determina que el Presidente de la República es superior jerárquico del Procurador General de la Nación para efectos de impedimentos o recusaciones.

"Que según la previsión contenida en el ordinal 1º del artículo 4º de la Ley 25 de 1974, corresponde al Viceprocurador General de la Nación reemplazar al Procurador General en caso de impedimento de éste,

DECRETA:

"Artículo 1º Acéptase el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación, doctor Carlos Mauro Hoyos Jiménez, para conocer de la acción disciplinaria que cursa contra el Exgobernador de Antioquia, doctor Bernardo Guerra Serna.

"Artículo 2º De conformidad con el mandato del numeral 1 del artículo 4º de la Ley 25 de 1974, el Viceprocurador General reemplazará en el trámite de la referida acción disciplinaria al Procurador General de la Nación.

"Artículo 3º Este Decreto rige a partir de la fecha de su publicación".

Expresa el demandante que con ocasión del episodio ocurrido en lugar público de Medellín entre el entonces Gobernador de Antioquia, doctor Bernardo Guerra Serna, y el periodista Pérez Berrío del diario "El Colombiano", en el cual el mandatario seccional profirió "denues-

tos y amenazas en estado de alicoramiento" contra el periodista, éste procedió a denunciarlo. Hecha pública la denuncia, el Gobernador solicitó al Procurador General de la Nación que iniciara la correspondiente investigación. El Jefe del Ministerio Público avocó la investigación y comisionó al Viceprocurador General, doctor Edilberto Solís Escobar, para que adelantara los respectivos trámites preliminares, efectuados los cuales el comisionado rindió informe al Procurador, informe que concluyó, en resumen, expresando que "eran ciertos (los denuestos y amenazas) y que la prueba allegada los demostraba". Dice el accionante que con tal base el Procurador General se dirigió al señor Presidente de la República "para darle traslado del resultado de la averiguación disciplinaria preliminar e insinuar el relevo del Gobernador investigado, pero también para manifestar impedimento para conocer de la investigación disciplinaria respectiva". Continúa diciendo el actor que el Procurador manifestó su impedimento basándose en la causal de recusación prevista en el numeral 1 del artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, que expresa: "Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado"; y esto "porque el doctor Hoyos Jiménez hizo parte de listas encabezadas por el doctor Guerra Serna para la elección de Miembros de las Cámaras del actual período". Lo anterior motivó al señor Presidente de la República para emitir el Decreto 3293 de 1986, objeto de la acción propuesta con medida cautelar.

El actor indica como normas superiores violadas flagrantemente por el acto acusado las siguientes: Artículos 120-5, 142, 144 y 145 de la Carta Superior, 3º de la Ley 83 de 1936, 13 de la Ley 25 de 1974 y 249 del Código de Régimen Político y Municipal. Las razones de tal quebranto se sintetizan así:

El planteamiento general radica en que si se aceptare, como dice el Decreto acusado, que el Presidente de la República fuere "el superior jerárquico del Procurador General de la Nación", ello conduciría necesariamente a que "éste sería agente de aquél" y siguiendo la misma línea del poder jerárquico, "lo sería el Viceprocurador General como dependiente del Procurador". Así, "aparentando que se da aplicación a formas legales, en el fondo se trenza un nexo de tal naturaleza entre el Gobierno y la Procuraduría General de la Nación, que no sólo hace de ésta obsecuente en la práctica y sufragánea en el ejercicio de aquél, sino que enerva la trascendentalísima función de control de la conducta de los funcionarios del mismo Gobierno y particularmente de los de mayor connotación política", lo que "de suyo debilita la independencia sin la cual el control pierde toda eficacia; y (...) vino a desquiciar sustancialmente esa función que en el Estado moderno se ha erigido en uno de los principales medios de garantía de la organización de derecho". Al Presidente de la República le compete nombrar los empleados nacionales, cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporación, según la Constitución o la ley (C. N., art. 120-5). Al Procurador General lo elige la Cámara de Representantes. Ha sido interpretado erróneamente el artículo 142 de la Carta, al determinar que el Ministerio Público "será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás fiscales que designe la ley" y, "en determinados casos, por la Cámara de Represen-

tantes", y esto, porque "se confunde la función del Ministerio Público global con la totalidad de las funciones del Procurador General de la Nación, desconociendo que el artículo 145 del mismo Título viene a precisar las que son 'especiales del Procurador General de la Nación' ". ...Y prosigue: "Y es que no se puede colocar al Constituyente en la antilogía de situar lo que se refiere al Ministerio Público 'bajo la suprema dirección del Gobierno' y a la vez confiarle el control del desempeño cumplido de los deberes de todos los funcionarios públicos, desde luego en primera y mayor medida los que constituyen el Gobierno o de él dependen". Después de tocar el artículo 144 constitucional y la atribución que le da a la Cámara de Representantes para elegir al Procurador General y la necesidad que tiene el Procurador de independencia e imparcialidad en sus funciones, apunta: "De lo que se colige que ni directa ni indirectamente y para ningún efecto, puede tomar el Presidente de la República superioridad jerárquica sobre el Procurador, pero menos, muchísimo menos, en lo que se relaciona con el control de conducta que desde el mismo Presidente hasta el último de los funcionarios públicos tiene el Procurador como función constitucional especial y privativa... Esto hace inaplicable la inclusión que el artículo 35 del Decreto reglamentario 3404 de 1983 hizo el Presidente de la República como 'superior jerárquico' del Procurador...". Reiterando el "contrasentido en el que incurrió primero el artículo 35 del Decreto reglamentario 3404 de 1983 y ahora viene a llevar a la práctica el Decreto ejecutivo 3293 de 1986", en cuanto a la calidad de "superior jerárquico" del Presidente frente al Procurador, concluye el actor diciendo que "con la expresada interpretación de avasallamiento del Ministerio Público en todas sus acciones o en algunas por el Gobierno, vendría a resultar que también la Cámara de Representantes cuando cumple las funciones que en ese campo le atribuye la Carta, ha de hacerlo bajo esa 'suprema dirección del Gobierno' ".

Es evidente que, conforme a los considerandos del Decreto 3293 de 1986, en los cuales se fundamenta su parte dispositiva, el Presidente de la República pretende actuar como "superior jerárquico" del Procurador General de la Nación, al tenor del artículo 35 del Decreto reglamentario número 3404 de 1983, o como su "inmediato superior", según voces del artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, puesto que ambos artículos citados, el 35 y el 30, respectivamente, sirven de basamento a la disposición adoptada por el Primer Magistrado de la Nación en el acto administrativo que emitió y que ahora es objeto de control jurisdiccional.

En el mentado artículo 35 del Decreto 3404 de 1983 se incluye al Presidente de la República entre los diversos funcionarios que allí se mientan como "superior jerárquico" del funcionario o empleado de la Procuraduría General de la Nación que se encuentre "impedido" para adelantar un proceso disciplinario, en orden a que determine "quién habrá de sustituirlo". El giro "y el Presidente de la República" que como "superior jerárquico" trae este precepto 35 del Decreto 3404 de 1983, contradice el ordenamiento superior, puesto que no hay, conforme a nuestro aparato legal, circunstancia de mediación jerárquica entre el Presidente de la República y el Procurador General de la Nación. El Jefe del Ministerio Público carece de superior jerárquico, administrativamente hablando.

Por otra parte, el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, invocado también en el Decreto acusado como fundamento del mismo, en el sentido de que el funcionario presuntamente impedido manifieste el impedimento ante "su inmediato superior", tendría aplicación si el Procurador se hallare en línea jerárquica de dependencia del Presidente. Mas, como según se anotó, esa relación de superior a inferior no se presenta en este caso, la norma del Código Contencioso Administrativo invocada no tiene aplicación. Por ello no anduvo atinado el Procurador General al manifestarle al Presidente el impedimento en que juzgó estar colocado, como se afirma en los considerandos del Decreto aquí acusado.

Lo anterior conduce llanamente a determinar que el artículo 1º del Decreto 3293 de 1986, mediante el cual acepta el Presidente el impedimento que le manifestó el Procurador, por estar quebrantando de modo grosero las disposiciones superiores citadas ha de quedar cobijado con la medida extraordinaria suspensiva.

Empero, semejante disposición cautelar provisoria no cubrirá a los artículos 2º y 3º del Decreto atacado. En efecto: El artículo 2º, con cita expresa del "numeral 1 del artículo 4º de la Ley 25 de 1974", no hace sino repetir lo mismo que ordena tal precepto de la Ley 25. Entre las normas inmediatas que gobiernan la preceptiva pertinente de la Procuraduría General, tal numeral 1 del artículo 4º de la Ley 25 de 1974 precisamente erige al Viceprocurador General de la Nación como el funcionario señalado de manera directa por el legislador ordinario para *"reemplazar al Procurador General en casos de* falta temporal o *impedimento de éste"*, que es exactamente el asunto *sub exámine.*

Si bien es cierto que no se requería ni se requiere pronunciamiento presidencial alguno para que tenga operancia plena el numeral 1 del artículo 4º de la Ley 25 de 1974, el hecho de que mediante dicho artículo 2º del Decreto 3293 de 1986 haya reproducido el Presidente, *mutatis mutandis*, el mandato previsto en la norma citada de la Ley 25, no implica ni puede significar quebranto alguno de tipo legal ni de índole constitucional: Cuando un Decreto del Gobierno Nacional como el acusado reproduce una disposición legal, no está infringiendo en modo alguno la potestad reglamentaria del Presidente, no está transgrediendo por ningún aspecto la ley de que se trate, no está hollando la gradación piramidal en la escala de valoraciones jurídicas, en fin, no está ocasionando quebranto de ningún género a la normatividad jurídica y, por ende, no está maculando a la Superley: Cuando más está repitiendo mecánicamente y sin necesidad alguna el precepto imperativo de la ley, que para que rija a plenitud no ha menester reiteración o reproducción mediante un Decreto del ejecutivo nacional, decreto en todo caso de inferior rango al de la ley plagiada o copiada, como ocurre en el evento *sub júdice.*

En consecuencia, no serán suspendidos provisionalmente los efectos del artículo 2º del Decreto demandado, pues al estar duplicando el mandato aludido de la Ley 25 de 1974, no aparece *prima facie* el ruidoso quebranto que amerite la medida precautelativa. Naturalmente tampoco se decretará la suspensión provisional respecto del artículo 3º del Decreto, que se contrae a señalar la vigencia del Decreto a partir de su promulgación.

Las precedentes consideraciones inclinan al Despacho a

Decidir:

1º *Admitir la demanda* incoada. Por tanto, *dispone:*

a) Se tiene al ciudadano Fabio Valencia Cossio como parte demandante en este proceso;

b) Se tiene a la Nación como parte demandada, en este caso representada por los señores Ministros de Gobierno y de Justicia;

c) Notificar personalmente este proveído al señor Fiscal Primero de la Corporación;

d) Notificar igualmente en forma personal esta providencia a los mencionados Ministros de Gobierno y de Justicia (C. C. A., arts. 140 a 151);

e) Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para efectos del artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo;

f) Solicitar por Secretaría los respectivos antecedentes administrativos a los Despachos ministeriales de Gobierno y Justicia.

2º *Suspender provisionalmente* los efectos del artículo primero (1º) del Decreto número 3293 de 20 de octubre de 1986, proferido por el Presidente de la República y suscrito además por sus Ministros de Gobierno y de Justicia.

3º Prevenir al Gobierno Nacional sobre la prohibición expresa que impone el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo en cuanto a reproducción alguna de la disposición suspendida provisoriamente.

4º *No acceder a suspender* provisionalmente los efectos de los artículos segundo y tercero (2º y 3º) del Decreto 3293 de 1986.

5º Enviar copia auténtica de esta providencia a los señores Ministros de Gobierno y de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, una vez ejecutoriada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DELEGACION DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTE DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. LIMITES. JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

Si bien es cierto que los representantes de la Nación en tales juntas son agentes del Presidente, ello no quiere decir que cualquier agente suyo pueda ser miembro de una junta directiva en virtud de aquella relación jerárquica, porque lo que confiere la función de participar como miembro de la junta es la disposición legal y no la voluntad del superior, a no ser que la misma ley se la haya otorgado.

Decrétase la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto número 2816 de 1986 (septiembre 9) por el cual se delega la Presidencia de la Junta Directiva del Fondo de Reconstrucción "Resurgir".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 475. Actor: Jorge Alberto Guerrero L.

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el actor de la referencia solicita que se declare nulo el Decreto número 2816 de 1986 (septiembre 9), expedido por el Presidente de la República, "por el cual se delega la Presidencia de la Junta Directiva del Fondo de Reconstrucción 'Resurgir' ".

Igualmente, el actor solicita que se decrete la suspensión provisional del artículo 1º del aludido acto administrativo en cuanto dispone:

"Delégase en el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República la Presidencia de la Junta Directiva del establecimiento público Fondo de Reconstrucción "Resurgir", creado mediante Decreto legislativo 3406 de 1985".

En atención a que la demanda reúne los requisitos legales y que para su conocimiento es competente esta Corporación, será admitida.

Suspensión provisional:

La delegación de funciones administrativas por parte del Presidente de la República tiene, según la Constitución Nacional, estos límites: Por una parte, sólo pueden ser delegatarios los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos como autoridades superiores

de la administración, y los Gobernadores como agentes del poder central; y por otra, las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley. Así lo dispone el artículo 135 de la Carta, además de indicar cómo en estos casos la responsabilidad por el ejercicio de la función corresponde al delegatario.

El Decreto legislativo 3406 de 1985 por medio del cual fue creado el Fondo de Reconstrucción "Resurgir", como establecimiento público, señaló en el artículo 3º que el Presidente de la República lo sea de la Junta Directiva del Fondo, sin que otra norma de igual jerarquía a la ley haya dispuesto la posibilidad de delegación de tal competencia asignada a la suprema autoridad ejecutiva de la Nación, lo cual conduce a concluir que dicha delegación resulta contraria al precepto legal y a la norma constitucional.

En las motivaciones del Decreto acusado se hace mención especial de los Decretos leyes 1050 y 3130 ambos de 1986 que, como estatutos básicos de la organización administrativa nacional, por vía general establecen la presidencia de las entidades descentralizadas en cabeza de los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, o de sus delegados. Pero es evidente que siendo el Decreto legislativo 3406 de 1985 de la misma jerarquía que la ley, podía, como en efecto lo hizo, introducir una modificación en el caso específico de "Resurgir", modificación que consistió en crear una excepción a la norma general, para que fuera el propio Presidente de la República quien asumiera la dirección de la Junta a través de su presidencia, sin permitir que delegados suyos pudieran reemplazarlo en tan noble misión, cuya finalidad apunta a resolver los ingentes problemas de todo orden sufridos por los habitantes de la región de Armero a consecuencia de la espantosa tragedia a que estuvieron sometidos hace algún tiempo.

Tampoco es válido el considerando que se apoya en el numeral 5º del artículo 120 de la Constitución Política, porque si bien es cierto que los representantes de la Nación en las juntas directivas de las entidades descentralizadas son agentes del Presidente, ello no quiere decir que cualquier agente suyo pueda ser miembro de una junta directiva en virtud de aquella relación jerárquica, porque lo que confiere la función de participar como miembro de la junta es la disposición legal y no la voluntad del superior, a no ser que la misma ley se la haya otorgado. Por otra parte, los Jefes de Departamentos Administrativos no son agentes del Presidente de la República, aun cuando sean funcionarios de su libre nombramiento y remoción, porque la calidad de Jefes Superiores de la Administración pugna con la condición de agentes. Cómo se puede ser Jefe Superior, si a la vez se es subalterno jerárquico? No es esta la oportunidad de examinar el tipo de relaciones jurídicas y administrativas entre el Presidente y los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, pero resulta conveniente hacer notar lo dicho aquí, porque suelen confundirse en la práctica administrativa tales vínculos institucionales. Que los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos se hallan en una relación especial frente al Presidente de la República, lo indica con toda claridad el artículo 135 de la Carta cuando los llama "Jefes Superiores de la Administración", mientras que

a los Gobernadores, para efectos de la delegación los denomina, a ellos sí, "Agentes del Gobierno".

Las consideraciones anteriores bastan para concluir que el Decreto acusado incurrió en transgresión evidente del Decreto legislativo 3406 de 1985, al delegar la presidencia de la junta directiva del Fondo de Reconstrucción "Resurgir", en el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y que, en consecuencia, procede la suspensión provisional solicitada por el actor.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se

Resuelve:

Primero. Admítese la demanda de nulidad formulada contra el Decreto número 2816 de 1986 (septiembre 9), por el cual se delega la Presidencia de la Junta Directiva del Fondo de Reconstrucción "Resurgir".

En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente este auto al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda al Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y solicítense a ese Despacho los antecedentes del acto acusado;

c) Fíjese este asunto en lista por el término de diez (10) días para que la parte demandada pueda contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

Segundo. Decrétase la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto número 2816 de 1986 (septiembre 9) por el cual se delega la Presidencia de la Junta Directiva del Fondo de Reconstrucción "Resurgir".

Notifíquese.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPORTACION TEMPORAL DE MAQUINARIA Y EQUIPOS NECESARIOS PARA ADELANTAR OBRAS PUBLICAS U OTRAS ACTIVIDADES PARA EL DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL DEL PAIS.

Decreto 2377 de 1986. Suspensión provisional de la expresión "... para las cosas de permanencia vencida ...", contenida en el artículo 3º literal a) del Decreto 2377 de 1986.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 530. Actor: Luis Marino Duque Gómez.

De conformidad con los artículos 84 y 152 del Código Contencioso Administrativo, el actor de la referencia solicita que se decrete la suspensión provisional y posterior nulidad de la expresión "... para los casos de permanencia vencida..." correspondiente al literal a), artículo 3º del Decreto número 2377 de 1986 (julio 28).

En atención a que la demanda reúne los requisitos legales y que para su conocimiento es competente esta Corporación, será admitida.

Suspensión provisional:

El Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias, expidió el Decreto 688 de 1987 (abril 20), el cual dispuso en su artículo 23:

"Podrán traerse temporalmente al país, previa obtención de una licencia transitoria no reembolsable, sin el pago de ninguna clase de derechos, pero con garantía que asegure su reexportación, las maquinarias y equipos necesarios para adelantar obras públicas u otras similares de especial importancia para el desarrollo económico y social".

Agrega el demandante que la disposición anteriormente transcrita quedó consignada, con el mismo tenor, en el artículo 220 del Decreto 2666 de 1984, y que, antes, la Ley 21 de 1977 tipificó en su artículo 6º, numeral 3, como conducta punible, sancionable con prisión y multa a quien "tenga, posea u oculte mercancía admitida temporalmente, vencido el plazo de permanencia en el país".

El Decreto 2377 de 1986, a través de su artículo 1º, reitera la facultad de importar temporalmente "maquinaria y equipos necesarios para adelantar obras públicas u otras actividades de especial impor-

tancia para el desarrollo económico y social del país", y en su artículo 3º dispone lo siguiente:

"La importación temporal de la mercancía a que se refiere el artículo 1º de este Decreto podrá ser prorrogada por el Director General de Aduanas cuando considere que ésta es conveniente y necesaria para el desarrollo socio-económico del país, y para su prórroga sólo bastará la demostración de esas circunstancias, debiendo atender sólo el lleno de los siguientes requisitos:

"a) Que la solicitud de prórroga se haga dentro de los treinta (30) días siguientes contados a partir de la fecha de la publicación de este Decreto *para los casos de permanencia vencida*, o para aquellos casos que les falta un mes para vencerse" (Se subraya en la demanda).

Afirma el demandante que a la fecha de expedición del Decreto 2377 de 1986 había numerosos importadores que estaban poseyendo mercancías temporalmente con plazo de permanencia vencida y, agrega, que la norma demandada produce una especie de amnistía "para quienes, habiendo incumplido la obligación de reexportar sus mercancías, estaban incursos en la conducta delictiva denominada contrabando de segundo grado", circunstancia ésta manifiestamente violatoria del artículo 76, numeral 19, de la Constitución Nacional y, además, del artículo 20 *ibídem* por cuanto las Leyes 6ª de 1977 y 49 de 1981, cuadros de aduanas y de comercio exterior, respectivamente, no facultan al Presidente de la República para disponer la despenalización de dichas conductas. Y, por otra parte, aduce el demandante, el Decreto cuya expresión se pide suspender, y anular posteriormente, es violatorio del artículo 8º del Código Penal que consagra el principio de la "igualdad ante la ley", por cuanto la posibilidad de prórroga para la permanencia de mercancías en territorio colombiano sólo cobije "a quienes habían importado maquinaria y además equipos para obras públicas dejando por fuera de este beneficio a los demás importadores de otras mercancías, lo mismo que a quienes tenían procesos penales en curso por haber incumplido la obligación de reexportar".

En efecto, se observa *prima facie* que el Decreto 2377 de 1986 (julio 28) con la expresión demandada "... para los casos de permanencia vencida..." que consagra en su artículo 3º, literal a), deroga la conducta punible contemplada en la Ley 21 de 1977, y como tal mandato escapa al poder reglamentario del Gobierno Nacional por cuanto ninguna ley le otorga dicha facultad, resulta obvio, en consecuencia, que la mencionada expresión viola lo dispuesto en las normas constitucionales y legales anteriormente citadas.

Por otra parte, resulta un contrasentido autorizar "prórroga" en relación con plazos vencidos, por cuanto aquella sólo es posible cuando aún no ha concluido el lapso al cual se refiere. Una vez terminado éste, nada es posible prorrogar.

Por lo expuesto, se

Resuelve:

Primero. Admitir la demanda de nulidad contra el Decreto número 2377 de 1986 (julio 28) en lo tocante a la expresión "... para los casos

de permanencia vencida..." contenida en su artículo 3º, literal a). Por tanto se decide:

a) Notifíquese personalmente este auto al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda al Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y al Director General de Aduanas y solicítense a esos Despachos los antecedentes administrativos del acto acusado;

c) Fíjese este asunto en lista por el término de diez (10) días para que la parte demandada pueda constatar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

Segundo. Decretar la suspensión provisional de la expresión "... para los casos de permanencia vencida..." contenida en el artículo 3:, literal a) del Decreto 2377 de 1986 (julio 28).

Notifíquese.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SINDICATO. HUELGA: DECLARACION Y/O TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: SOLICITUD DE CONVOCATORIA (Suspensión provisional).—

El artículo 9º de la Ley 39 de 1985, faculta con exclusividad al sindicato o sindicatos en que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstas, 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. Decrétase la suspensión provisional del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 477 de 11 de febrero de 1986, reglamentario de la Ley 39 de 1985.

POTESTAD REGLAMENTARIA. LIMITACIONES.

Los principios sobre jerarquía de las reglas de derecho trazan los límites de la potestad reglamentaria. DECRETO REGLAMENTARIO. Tiene como función exclusiva proveer la adecuada ejecución de los mandatos del legislador. REGLAMENTO. Es un desarrollo de la ley y sus alcances se manifiestan esencialmente dentro de los límites de ella (Reiteración jurisprudencial. Véase Anales de 1984, Primer Semestre, página 166).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Referencia: Expediente número 1618. Actor: Pedro Charria Angulo y otro. Decretos del Gobierno.

Por auto de 6 de agosto de 1986, del cual fue Ponente el Consejero, doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, se negó, entre otras cosas, decretar la suspensión provisional del inciso 2º del Decreto 477 de 1986 proferido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El ponente después de transcribir una sentencia del Consejo de Estado de fecha 23 de noviembre de 1984, de la cual fue Ponente el doctor Samuel Buitrago Hurtado, llega a la conclusión de que en el *sub lite* no se presenta una manifiesta violación de las normas superiores reseñadas en el libelo por el acto acusado.

Arguyen los suplicantes:

"1º El auto recurrido afirma que el Decreto reglamentario no debe limitarse a repetir textualmente la ley que reglamenta, pues carecía de objeto, para lo cual cita una sentencia del honorable

Consejo que no discutimos pues allí se dice que el Decreto reglamentario de una ley debe tener agilidad *'lógicamente que teniendo siempre en cuenta la prohibición de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca, ni los mismos fines de ella'*. Pero es que precisamente, en el asunto *sub júdice* se rebasan los límites de la ley como se desprende de nuestra argumentación en la demanda, a la cual nos remitimos; y por ello hicimos una doble columna para transcribir el texto del artículo 9º de la Ley 39 de 1985, y el texto del artículo 1º del Decreto 477 de 1986, y se agregó a manera de conclusión lo siguiente:

"Una u otra opción legal, huelga o tribunal, tienen los mismos presupuestos en la ley reglamentada.

"Al extender la facultad de convocar Tribunal de Arbitramento obligatorio a los sindicatos minoritarios o al Gobierno, el Ejecutivo desbordó de manera palmaria el mandato del legislador. Así como a aquellos no se les permite hacer uso del derecho de huelga dentro de la regulación legal vigente, tampoco pueden solicitar al Ministerio del Trabajo la convocatoria del tribunal, ni el Gobierno puede de oficio, en tal evento, convocar dicho tribunal.

"Igualmente resulta de claridad meridiana el quebranto del artículo 9º del Código Sustantivo del Trabajo que también se cita en el precepto acusado, pues el principio general de la protección al trabajo no puede ser desarrollado sino dentro de los precisos límites señalados en la Constitución y las leyes.

"2º Se afirma en el auto recurrido que debe tener el honorable Consejo cautela para no prejuzgar en la providencia que decide la suspensión provisional, pero es ello aceptable cuando hay duda sobre la ilegalidad de una norma, pero no cuando ésta aparece de la simple comparación entre el texto de la Ley y el texto del Decreto reglamentario.

"3º El auto recurrido sencillamente olvida que el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 establece una *opción* entre huelga y arbitramento (véase su texto transcrito en nuestra demanda).

"El Decreto reglamentario en la parte cuya nulidad se ha pedido, desconoce la *opción* para establecer en favor de los sindicatos minoritarios *exclusivamente el arbitramento* lo cual *rebasa la ley*, pues quien no puede ejercitar el *derecho de huelga*, por prohibición de la misma ley, como lo reconoce la primera parte del Decreto reglamentario, tampoco podría acudir al *arbitramento*, pues se trata de un *derecho de opción* o sea en otros términos de la posibilidad jurídica de escoger entre dos derechos (obligaciones alternativas a que se refiere el artículo 1556 del Código Civil) pero donde la ley no concede *uno* de ellos, no puede concederse el *otro* por Decreto reglamentario, pues entonces no existiría opción pues no hay dos derechos para escoger, sino uno solo, y éste no ha sido consagrado en la ley.

"¿Qué es *optar*? Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (17ª Edición de 1947) *optar* es: 'escoger una cosa entre varias'. Pero el Decreto reglamentario reduce la *opción legal* a una

sola cosa: *El arbitramento* para los sindicatos minoritarios que no pueden declarar la huelga; entonces quien no puede escoger entre varias cosas no está *optando* sino sometiéndose a una sola; esto sería posible si la ley lo hubiera consagrado así, pero la ley habla de *opción* cuando dice en su artículo 9º que la Asamblea General del Sindicato *'deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento'*.

"Por ello quien no puede ejercitar el derecho de huelga tampoco puede acudir al otro extremo de la opción que es Tribunal de Arbitramento, lo que además concuerda con el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, que sobre la *procedencia del arbitramento'* en su ordinal b) determina que el arbitramento es posible cuando los 'trabajadores optaren por el arbitramento', es decir que para estos casos diferentes al del arbitramento en los servicios públicos, o los que afectan la economía nacional en su conjunto, que no son optativos, siempre la ley los contempló como alternativa en vez de la huelga, o sea que se repite; donde no puede haber huelga por ser un sindicato minoritario, tampoco puede acudir al Tribunal y menos que el Ministerio lo pueda convocar de oficio.

"Si todo lo anterior no significa *rebasar la ley*, ¿dónde entonces se pregunta, existiría un caso más palpable a simple vista de exceso de la facultad reglamentaria?".

Para resolver,

Se considera:

El artículo 1º del Decreto 477 de 1986, por el cual se reglamenta la Ley 39 de 1985, dice:

"*Artículo 1º* Concluida la etapa de mediación, sin que las partes hubieren logrado acuerdo total sobre los puntos materia 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".

Por su parte el artículo 9º de la Ley 39 de 1985, dice:

"*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 defectos de éstos, los trabajadores en asamblea general, podrán 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 de 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 pri-

mero, 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".

Ahora bien, realizada una sencilla comparación de la norma acusada (inciso 2º del Decreto 477 de 1986 - Mintrabajo) con el texto del artículo 9º de la Ley 39 de 1985 y el 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 establecer 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 *si tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento obligatorio..."* (Subraya la Sala).

La facultad que otorga la norma acusada al sindicato o sindicatos que no reúnan la mayoría absoluta de los trabajadores permanentes de las empresas o establecimientos respectivos, contraría en forma manifiesta u ostensible, la disposición legal que reglamenta, la cual faculta con exclusividad al sindicato o sindicatos en que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos, a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa para tomar la decisión de declarar la huelga o de solicitar la convocatoria a un Tribunal de Arbitramento para los fines previstos en tales preceptos.

No encuentra la Sala en la ley que se reglamenta, previsiones contenidas en el Decreto reglamentario, de donde resulta palmario que el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria al modificar el alcance de la ley.

Es así como mientras el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 contempla la opción de declarar la huelga o solicitar el arbitramento a un mismo conjunto de trabajadores: Los integrantes de la Asamblea General de que habla dicha disposición.

Sin embargo, el Decreto reglamentario, establece que quienes no puedan declarar la huelga, si pueden por lo consiguiente solicitar el arbitramento, lo que así no contempla la ley reglamentada.

No se encuentra en la ley, el caso de que quienes no puedan declarar la huelga, por su condición minoritaria, tengan sin embargo la opción de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento.

La Sala en auto de 27 de febrero de 1984, refiriéndose a las limitaciones de la potestad reglamentaria, se expresó en los siguientes términos (*Anales* 1984, pág. 166):

"Establece el artículo 120 de la Constitución Nacional, en su ordinal 3º, que corresponde al Presidente de la República 'ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes'.

"La anterior disposición constitucional, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y los principios sobre jerarquía de las reglas de

derecho trazan los límites de la potestad reglamentaria, sobre lo cual existe abundante jurisprudencia del Consejo de Estado, como también la hay de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia del 4 de septiembre de 1939 dijo que 'el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu'.

"El Decreto reglamentario, cuyo sustento y marco de validez es la ley, tiene como función exclusiva proveer a la adecuada ejecución de los mandatos del legislador, determinando aquellos aspectos o detalles que aquél no consideró necesario regular por no ser de carácter sustancial o escapar a las fórmulas sintéticas, pero conceptualmente densas y comprensivas, de una regla de derecho de esa categoría.

"El Decreto reglamentario aporta entonces los detalles, los pormenores de la ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implícito en ella, facilita su entendimiento o comprensión; es decir, convierte en reglas expresas lo que está implícito en la ley, lo que es de su esencia, de su espíritu.

"Pero no más. No es posible que el reglamento contenga reglas que sólo puede dictar el legislador, o sea, regular lo que es materia propia de la potestad de él por cuanto no puede ser objeto sino de una 'declaración de la voluntad soberana', como se lee en el artículo 4º del Código Civil.

"No puede entonces el reglamento modificar la ley, ni adicionarla o ampliarla, ni restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; en fin, no puede desbordar los límites de la potestad reglamentaria en virtud de la cual se dicta, pues estaría no sólo violando la ley sino también la Constitución Nacional que al otorgar ese poder lo limitó.

"En suma, el reglamento es un desarrollo de la ley y sus alcances se mantienen esencialmente dentro de los límites de ella" (Actor: Alberto León Gómez Zuluaga. Ponente: Joaquín Vanín Tello).

De otra parte, 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 disposiciones 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* números 352-356).

Con base en lo anteriormente expuesto la Sala llega a la conclusión de que se llenan los requisitos del artículo 152 del Código Contencioso

Administrativo y, por lo tanto, es viable decretar la medida provisoria impetrada y, en consecuencia, el auto recurrido habrá de revocarse.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

Resuelve:

Revócase el auto suplicado y, en su lugar se decreta la suspensión provisional del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 477 de 11 de febrero de 1986.

Comuníquese la medida provisoria al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Joaquín Vanín Tello.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS. DESVINCULACION (Suspensión provisional).—

La norma acusada (Decreto 1950 de 1973, art. 107) creó una modalidad inexistente en la ley para que se configure la cesación definitiva de funciones de empleados públicos. Suspéndese provisionalmente el inciso segundo del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diez de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: Doctora *Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 2499. Decreto de Gobierno. Actor: José Rafael Bautista.

El ciudadano José Rafael Bautista Ortiz, solicita en la demanda que presentó (fls. 9 a 13) se decrete la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, de la siguiente manera:

"Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, solicito la suspensión provisional del inciso 2º del artículo 107 del Decreto reglamentario número 1950 de 1973, por ser manifiestamente violatorio de la constitución y de la ley".

"En efecto, el ordinal a) del artículo 25 del Decreto-ley número 2400 de 1968, estableció como motivos de cesación definitiva de funciones públicas 'por declaración de insubsistencia del nombramiento'. Esto implica necesariamente la materialización o manifestación expresa por medio de un acto administrativo que haga tal declaración".

"En cambio, la norma acusada, so pretexto de reglamentar la ley, la alteró sustancialmente, consagrando la excepción en relación con los nombramientos de libre nombramiento y remoción, para decir que en estos casos no es necesaria la declaratoria de insubsistencia, sino que bastará el nombramiento de una nueva persona. Esto quiere decir que el reglamento consagró como causal la insubsistencia implícita no contemplada en la ley, de donde surge a primera vista la violación manifiesta".

"Se observa igualmente *prima facie*, una abierta contradicción con el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, si se tiene en cuenta que la norma reglamentaria no se limitó a dictar las medidas

conducentes a la efectividad de la ley, sino que consagró una disposición sustancial no contemplada en ella".

Para resolver se considera:

Para que sea procedente la medida que se impetra, el inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, dispone:

> "Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas".

Pues bien: De la sencilla comparación entre el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 y la norma acusada (Decreto 1950 de 1973, art. 107), se obtiene la conclusión de que ciertamente ésta quebrantó la primera, al crear una modalidad inexistente en la ley para que se configure la cesación definitiva de funciones de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional, consistente en la designación de una nueva persona en el respectivo cargo.

No se requieren otras consideraciones para advertir la violación manifiesta que se denuncia por el demandante y, consecuentemente, para que deba ordenarse la medida solicitada.

Por lo expuesto, se dispone:

1º Suspéndese provisionalmente el inciso segundo del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973. Comuníquese al Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

2º Admítese la demanda presentada por el ciudadano José Rafael Bautista Ortiz.

3º Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público y al Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil y por estado.

4º Fíjese en lista por 10 días para los efectos del artículo 207 numeral 3º del Código Contencioso Administrativo.

5º Solicítense los antecedentes administrativos del acto acusado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aydée Anzola Linares.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION "INRAVISION". DIRECTOR. NOMBRAMIENTO.—

(Art. 120, numeral 5 de la Constitución Nacional).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION. Artículo 204 del Decreto 222 de 1983. ADJUDICACION. Ley 42 de 1985 (otras formas diferentes a la licitación pública). PUBLICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Artículos 2º y 8º de la Ley 57 de 1985. Los Decretos del Gobierno rigen a partir de su publicación (Suspensión provisional).

Decrétase la suspensión provisional del artículo 9º del Decreto 0350 de febrero de 1987.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 595. Decretos del Gobierno. Actor: Jaime Horta Díaz.

El doctor Jaime Horta Díaz, obrando en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita se declare la nulidad del "artículo 1º, el inciso 2º del artículo 5º, los numerales 3 y 4 del artículo 7º, el artículo 8º y el artículo 9º, todos del Decreto 0350 del Gobierno Nacional".

La demanda reúne los requisitos legales y por ello será admitida. Y como en la misma se pide expresamente la suspensión provisional del acto acusado, se procede a decidir al respecto, previas las siguientes

Consideraciones:

El Presidente de la República, "en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política", dictó el Decreto número 0350 de 19 de febrero de 1987, "por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 42 de 1986 y el artículo 44 del Decreto-ley 222 de 1983". La primera de las disposiciones acusadas, el artículo 1º reza así:

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 120, numeral 5º de la Constitución Política y 21 de la Ley 42 de 1985, el Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, será nombrado por el Presidente de la República".

Sostiene el actor que con esta norma se quebrantó manifiestamente el ordinal 3º de la Constitución Nacional por cuanto "el Gobierno expidió un decreto reglamentario por medio del cual, lejos de reglamentar la ley, termina es reglamentando la Constitución". Debe anotarse al respecto, que si bien el artículo acusado no encaja en rigor dentro de la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, esto no quiere decir que por tal motivo el canon constitucional haya sido vulnerado. Tal ocurriría únicamente en el evento de que, so pretexto de reglamentar la ley, el ejecutivo la hubiese modificado sustancialmente, en su espíritu o en su contenido, esto es, yendo más lejos de lo que la potestad reglamentaria lo faculta. Mas en el caso *sub lite*, el Gobierno se limitó a obrar con base en la facultad de nombramiento de funcionarios que le otorga en el numeral 5º del susodicho artículo 120 y a reproducir el texto del artículo 21 de la Ley 42 de 1945, que en efecto dispone que el Director de "Inravisión" será nombrado por el Presidente de la República. En tales circunstancias, no se ve como pueda aquí hablarse de violación manifiesta de una norma superior. No ha de prosperar por lo tanto este primer punto de la petición en estudio.

Dice así el artículo 5º del Decreto 0350 de 1987.

"Los contratistas de espacios de televisión no pueden ser socios o accionistas de sociedades cuyo objeto social sea la celebración de los contratos a que se refiere la Ley 42 de 1985 y los artículos 202 a 207 del Decreto-ley 222 de 1983.

"De esta regla se exceptúan la asociación transitoria para la producción de programas, su presentación, transmisión y promoción; así como la realización conjunta de eventos de carácter especial".

Dice el peticionario que el inciso segundo de la disposición transcrita vulnera la "prevención antimonopólica de la Ley 42 de 1985", cuyo artículo 36 dispone: "Los contratistas de espacios de televisión no podrán asociarse entre sí para formar una nueva empresa o para ser socios en las sociedades de explotación de espacios de los otros".

Para poder determinar si la "asociación transitoria" de la que habla el texto acusado es violatoria de norma superior, se precisa de un estudio profundo, no sólo de la disposición que cita el demandante, sino de todos los demás artículos de la Ley 42 de 1935 y del Decreto 222 de 1983 a que se refiere el artículo 5º del Decreto 0350 de 1987. En tales circunstancias, al no poderse apreciar "a través de una sencilla comparación" entre la norma denunciada y la acusada, la "manifiesta violación" de la primera, no se dan las premisas exigidas por el inciso 2º del artículo 152 del Decreto 01 de 1984 para el éxito de la suspensión provisional deprecada. No prospera el segundo cargo.

Dispone el artículo 7º del Decreto 0350 de 1987 en su parte acusada:

"Para la ponderación o valorización a que se refiere el artículo anterior, se seguirá el procedimiento que se indica a continuación:

"1. ...

"2. ...

"3. El proponente que resulte con la más alta calificación, tendrá derecho a que se le adjudique el máximo de horas establecido.

"El resto de proponentes, en orden descendente de calificación, tendrá una adjudicación directamente proporcional, sin exceder las horas que hubiese solicitado. Para tal efecto, se deberá tener en cuenta el máximo de horas individualmente adjudicables, el total de las licitadas, descontando las que se reserven para Inravisión, Audiovisuales y Colcultura, y las destinadas a espacios para programas informativos.

"4. La adjudicación debe ser hecha en forma equitativa, esto es, procurando que la distribución de los espacios, según su clasificación, que se asigne a un proponente, guarden proporción similar a la del conjunto de los espacios de la misma clasificación con el total de los que son objeto de licitación".

El transcrito numeral 3º, dice el actor, "repugna y contradice abierta, directa y ostensiblemente" el Decreto 222, artículo 204 y la Ley 42, artículo 37: Aparte de que el Decreto 350 es posterior a los pliegos de la licitación, invoca una situación creada anterior a esos pliegos, como fue el proceso de calificación, clasificación e inscripción en el Registro de Proponentes pero especialmente *crea una situación nueva no prevista en la ley* al señalar que "el proponente que resulte con la más alta calificación, tendrá derecho a que se le adjudique el máximo de horas establecido y así proporcionalmente". Añade que "el novísimo criterio de adjudicación y su proporcionalidad entrega el total de las horas ofrecidas a un pequeño grupo de empresas. Dice luego que "el numeral 4º incluye un novedoso subjetivo y peligroso criterio de equidad y proporcionalidad en el reparto de los espacios", siendo que "la ley no pretende la proporcionalidad... de acuerdo con unos criterios objetivos". No aclara empero el peticionario que norma de índole superior quebrantaría este numeral.

El artículo 204 del Decreto 222 de 1983 prescribe que la adjudicación de los contratos de concesión de espacios de televisión se hará mediante licitación pública, de acuerdo con los criterios que allí se especifican. Y el artículo 37 de la Ley 42 de 1985, al reiterar el procedimiento de la licitación pública para la celebración de contratos de espacios de televisión, dice que además de las reglas contenidas en el Decreto-ley 222 de 1983, se observarán las siguientes (a continuación, y en cuatro numerales, se relacionan las diferentes reglas): Si el numeral 3º acusado habla de la proporcionalidad en las adjudicaciones de las horas y en cambio las normas que se denuncian como infringidas se refieren a los criterios y reglas a tener en cuenta en el procedimiento de la licitación pública, hay que concluir forzosamente, al primer golpe de vista, que la materia tratada en el primero y en las segundas no coincide exactamente. Si por consiguiente no es posible apreciar de entrada la identidad de asuntos regulados en la disposición acusada y en las normas de estirpe superior que se citan, debe descartarse la infracción manifiesta de las últimas. Como en el caso anterior, el quebranto de la norma superior habría que deducirlo de un estudio más pormenorizado, no sólo de las normas que se relacionan, sino de las restantes que comprenden la totalidad del asunto materia de estudio. No ha de prosperar tampoco este cargo.

Dispone el artículo 8º del Decreto 0350 de 1987: "Tal como lo establece la Ley 42 de 1985, artículo 13, literal m), la adjudicación de

espacios para programas informativos (noticieros), la cual se hará a aquellos licitantes cuyas propuestas a juicio del Consejo Nacional de Televisión estén más sólidamente estructuradas desde el punto de vista periodístico, con absoluta imparcialidad y objetividad, y sin tener en cuenta consideraciones particulares".

Anota el demandante que este artículo "debe ser anulado porque no reglamenta el literal m) del artículo 13 de la Ley 42 si no que introduce una interpretación que recorta el mandato legal y abre las compuertas para la sectaria adjudicación de noticieros al tiempo que invoca razones de imparcialidad y objetividad". La norma reglamentada por la disposición acusada dispone que el Consejo Nacional de Televisión tendrá, entre otras, la función de "adoptar las medidas necesarias para que la adjudicación, modalidades y contenido de los espacios informativos y de opinión se ajusten a principios de absoluta imparcialidad y objetividad de modo que prevalezcan las propuestas más sólidamente estructuradas en cuanto a sus contenidos periodísticos a fin de que ningún partido o agrupación resulte favorecido en desmedro de otras fuerzas de expresión política de la Nación".

Como se aprecia a primera vista, la disposición reglamentaria no hace otra cosa que repetir, casi con las mismas expresiones, los principios de "absoluta imparcialidad y objetividad", de "propuestas más sólidamente estructuradas" y de imparcialidad política contenidos en el transcrito literal "m". Si la conclusión contraria a que arriba el actor fuere la correcta, a ella había que llegar ciertamente a través de un elaborado y complejo análisis de desentrañamiento del espíritu o sentido de la norma presuntamente quebrantada, lo cual es en absoluto extraño al simple cotejo que permite verificar el ya citado inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Tampoco se dan aquí por consiguiente las bases jurídicas para la suspensión pretendida.

Por último, prescribe el artículo 9º del Decreto materia de la acción de nulidad: "El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición". Denuncia aquí el demandante la "violación flagrante de los artículos 2º y 3º de la Ley 57 de 1985 que establece que los decretos del Gobierno rigen a partir de su publicación". Aquí sí asiste plenamente la razón al peticionario. En efecto, el artículo 2º de la Ley 57 de 1985, en su literal b) ordena la publicación en el Diario Oficial de los Decretos del Gobierno y el artículo 8º *ibídem* preceptúa que tales actos sólo regirán a partir de la fecha de la publicación. Consagra pues la norma en cuestión el principio de publicidad de los actos administrativos, que no puede ser vulnerado, so pena de nulidad de la decisión que otra cosa ordene. Al disponer por lo tanto el artículo en cuestión que el Decreto comenzará a regir a partir de la fecha de su expedición, incurrió en manifiesto quebranto de las normas citadas, apreciable *prima facie*, lo que impone la suspensión provisional deprecada, y así se decidirá.

Por lo anteriormente expuesto se

Resuelve:

1º *Admítese* la demanda formulada por el ciudadano colombiano doctor Jaime Horta Díaz contra las disposiciones contenidas en el

Decreto número 0350 de 1987 a que se refiere la parte motiva de esta providencia. Para efectos de su tramitación se dispone:

a) Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al Ministro de Comunicaciones;

b) Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público;

c) Fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días para los fines del numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

2º *Decrétase* la suspensión provisional del artículo 9º del Decreto número 0350 de 19 de febrero de 1987. Comuníquese lo aquí resuelto al señor Ministro de Comunicaciones.

3º *Niegase* la suspensión provisional de las restantes disposiciones acusadas.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTOS. DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO.— 1º Contenido y pruebas de los datos.

2º La COMPETENCIA DE LA LEY Y AMBITO DEL REGLAMENTO (Decreto-ley 3803 de 1982 y Decreto reglamentario 1023 de 1983).

Decrétase la suspensión provisional de las siguientes disposiciones:

a) La expresión... "vinculado o no laboralmente a la empresa" contenida en el inciso 1º del artículo 4º del Decreto 1023 de 1983;

b) El inciso primero (1º) numerales 1, 2 y 3 del artículo 5º del Decreto reglamentario 1023 de abril 11 de 1983; y

c) El numeral 1 del artículo 6º del Decreto reglamentario número 1023 de abril 11 de 1983.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 0287. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago. Recurso de súplica. Auto.

Decide la Sala el recurso de súplica interpuesto por el señor Isidoro Arévalo Buitrago, actor dentro del proceso, contra el auto de fecha 18 de mayo de 1983, en el expediente incinerado el 6 de noviembre de 1985, y por el cual se admitió la demanda pero se denegó decretar la suspensión provisional del inciso 1º, parágrafo 1º del artículo 4º;, del inciso 1º, numerales 1, 2 y 3 del artículo 5º; del numeral 1) del artículo 6º del Decreto reglamentario 1023 de 1983.

Las normas acusadas y las normas violadas.

Para decidir la cuestión relativa a la suspensión provisional conviene confrontar los textos de los actos acusados con los que se consideran supuestamente violados.

Acto acusado

1. Decreto 1023 de 1983, artículo 4º, inciso 1º y parágrafo 1º.

"Artículo 4º La declaración de renta y patrimonio de los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad deberá estar firmada por un Contador Público, vinculado o no laboralmente a

la empresa, o por el Revisor Fiscal, cuando durante el año gravable de 1982 hayan estado obligados, de acuerdo con el Código de Comercio y demás normas vigentes sobre la materia, a tener Contador Público o Revisor Fiscal.

"Parágrafo 1º Los demás contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, podrán presentar la declaración de renta suscrita por Contador Público, adquiriendo los mismos derechos y obligaciones derivados de dicha firma".

Norma infringida

Decreto-ley 3803 de 1982, artículo 1º, ordinal 4º.

"Artículo 1º La declaración tributaria deberá contener:

"1º ...

"2º ...

"3º ...

"4º En las condiciones y cuantías que determine el reglamento, la firma del Contador o Revisor Fiscal, cuando se trate de contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad".

El actor estima que el Decreto reglamentario excedió la ley, al restringir o eximir a ciertos contribuyentes de la obligación definida en la ley, y comprender sólo a las personas obligadas a declarar renta.

Acto acusado

2. Decreto 1023 de 1983, artículo 4º, parágrafo 3º:

"Parágrafo 3º La firma del Contador Público o del Revisor Fiscal, certifica que las cifras del estado de pérdidas y ganancias y del balance general que se encuentran incorporados al formulario de declaración de renta han sido fielmente tomados de los libros de contabilidad".

Norma infringida

Ley 145 de 1960, artículo 1º, inciso 2º:

"La relación de dependencia laboral inhabilita al Contador para dar fe pública sobre actos que interese a su empleado, salvo en lo referente a las funciones propias de los Revisores Fiscales de las sociedades".

"Artículo 9º La atestación y firma de un Contador Público, hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de personas jurídicas. Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que estos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance".

El demandante estima que el texto reglamentario desconoce abiertamente el legal, al restringir a uno solo los efectos que la ley otorga a la certificación del Revisor Fiscal.

Obviamente el reglamento reproduce con palabras diferentes una parte, en lo que es pertinente para la declaración de renta, el texto legal.

Acto acusado

3. Decreto 1023 de 1983, artículo 5º:

"Artículo 5º Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1495 de 1978, cuando la declaración de renta de los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, esté firmada por Contador Público o Revisor Fiscal, no será obligatorio discriminar la siguiente información:

"1. Nombre e identificación de los beneficiarios por pagos o abonos a terceros cuya cuantía individual sea inferior a cien mil pesos ($ 100.000.oo), excepto los que constituyan renta exclusiva de capital o de trabajo para sus beneficiarios, los cuales seguirán relacionándose cualquiera que sea su cuantía.

"2. Nombre e identificación de los acreedores por pasivos de cualquier índole, cuya cuantía por acreedor sea inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.oo).

"3. Ingresos recibidos para terceros cuya cuantía individual sea inferior a cien mil pesos ($ 100.000.oo)".

Norma infringida

Decreto 3803 de 1982, artículo 1º, ordinales 2º y 3º:

"2º Los certificados de retención en la fuente y las informaciones que la ley y los reglamentos señalen, para la identificación de ingresos, ventas, costos, deducciones, descuentos, créditos activos y pasivos, retenciones y demás factores necesarios para establecer el patrimonio líquido y la renta líquida de los contribuyentes, efectuar las confrontaciones con las declaraciones e informes de terceros y, en general, fijar correctamente las bases gravables y liquidar el impuesto correspondiente.

"3. Los certificados y pruebas para la comprobación de costos, deducciones, descuentos, pasivos, créditos y otros que la ley y los reglamentos señalen.

"Decreto legislativo 2053 de 1974, artículo 124:

"Artículo 124. Para que proceda el reconocimiento de las deudas, el contribuyente está obligado:

"1. A informar, en su declaración de renta y patrimonio, los nombres y apellidos o razón social, el número de cédula de ciudadanía o el de identificación tributaria (NIT) asignado al acreedor por las oficinas de Impuestos Nacionales: E indicar el monto de cada deuda.

"2. A conservar los documentos correspondientes a la cancelación de la deuda, por el término de la revisión oficiosa".

La confrontación de los dos textos lleva al atacante a sostener que el reglamento restringe en razón de la cuantía la obligación de informar y precisar el pasivo a que se alude la norma.

Acto acusado

4. Decreto 1023 de 1983, artículos 5º y 3º:

"Artículo 5º Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1495 de 1978, cuando la declaración de renta de los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, esté firmada por Contador Púbico o Revisor Fiscal, no será obligatorio discriminar la siguiente información:

"1. Nombre e identificación de los beneficiarios por pagos o abonos a terceros cuya cuantía individual sea inferior a cien mil pesos ($ 100.000.oo), excepto los que constituyan renta exclusiva de capital o de trabajo para sus beneficiarios, los cuales seguirán relacionando cualquiera que sea su cuantía.

"2. Nombre e identificación de los acreedores por pasivos de cualquier índole, cuya cuantía por acreedor sea inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.oo).

"3. Ingresos recibidos para terceros cuya cuantía individual sea inferior a cien mil pesos ($ 100.000.oo).

"Artículo 3º De conformidad con el artículo 1º del Decreto 3803 de 1983, los contribuyentes obligados a presentar declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1982, deberán suministrar en su declaración de renta las mismas informaciones y pruebas exigidas para la declaración de renta del año gravable de 1981, de acuerdo con las cuantías reajustadas por el Decreto 2809 de 1982" (1).

"Los contribuyentes que se acojan a la amnistía patrimonial de que tratan los Decretos 3747 de 1982 y 236 de 1983 (2) deberán suministrar, además, las informaciones relativas a dicha amnistía.

"Los contribuyentes que se acojan a la amnistía patrimonial de que tratan los artículos 3º del Decreto 3747 de 1982 y 2º del Decreto 236 de 1983 (2) podrán adicionar la declaración de renta hasta el 1º de septiembre de 1983 para demostrar, que antes del 15 de mayo de 1983 se realizaron las inversiones a que se refieren dichos artículos.

"Los contribuyentes que presenten declaraciones extemporáneas, deberán acreditar, al momento de la presentación, la prueba del pago de la sanción por extemporaneidad".

Norma infringida

Decreto-ley 1651 de 1961, artículo 7º:

"Artículo 7º Todo contribuyente que hubiere recibido ingresos, para un tercero por cualquier motivo, deberá relacionar en su declaración de renta y patrimonio el nombre... y el instrumento de identificación de la persona a cuyo nombre los recibió, la cuantía de lo recibido y la causa u origen del ingreso.

Decreto legislativo número 2053 de 1974, artículo 124, incisos 1º y 2º:

"Artículo 124. Para que proceda el reconocimiento de las deudas, el contribuyente está obligado:

"1. A informar, en su declaración de renta y patrimonio, los nombres y apellidos o razón social, el número de cédula de ciudadanía o el de identificación tributaria (NIT) asignado al acreedor por las oficinas de Impuestos Nacionales, e indicar el monto de cada deuda".

El demandante sostiene que la ley no hace distinción en función del monto de la deuda para obligar al declarante a rendir información sobre ingresos para terceros.

Acto acusado

5. Decreto 1023 de 1983, inciso 1º, artículo 5º:

"Artículo 5º Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1495 de 1978, cuando la declaración de renta de los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, esté firmada por Contador Público o Revisor Fiscal, no será obligatorio discriminar la siguiente información:

".....".

Norma infringida

Decreto legislativo número 2053 de 1974, artículo 30, inciso 5º y artículo 54, inciso 4º:

"Artículo 30. inciso 5º:

"En cualquiera de los casos anteriores, el contribuyente debe acompañar a su declaración de renta y patrimonio una relación de los asientos de contabilidad referentes a los ajustes por el cambio, debidamente autenticados por el Revisor Fiscal o Contador.

Artículo 54, inciso 4º:

"En cualquiera de los casos anteriores, el contribuyente debe acompañar a su declaración de renta y patrimonio una relación de los asientos de contabilidad referentes a los ajustes por cambio, debidamente autenticada por el Revisor Fiscal o por el Contador".

El auto recurrido:

Se sostuvo en el auto recurrido que para decretar la suspensión provisional no se daba la violación manifiesta exigida por la ley, pues las disposiciones acusadas debían confrontarse también, entre otras disposiciones con la Ley 145 de 1960, referente a la función de los contadores públicos como otorgantes de fe en relación con asuntos y libros de contabilidad.

El recurso de súplica:

En su alegato de súplica el actor sostiene, con base en la ley 145 de 1960, que la relación de dependencia laboral inhabilita al contador para dar fe pública sobre actos que interesan a su empleador.

Por ello insiste en la ostensible ilegalidad del inciso primero del artículo 4º del Decreto reglamentario 1023 de 1983.

En cuanto al parágrafo 3º del artículo 4º del Decreto reglamentario 1023 de 1983, con base en los artículos 9º de la Ley 145 de 1960, y 208 del Código de Comercio, considera que aquél violó ostensiblemente la ley, pues la autoridad conferida al certificado o certificación de contador público o revisor fiscal no tiene el alcance que el auto glosado le atribuye, pues en tal función el profesional de la contaduría no certifica la veracidad del contenido de la cifra, sino su totalidad cotejándola con su fuente (libros o asientos de contabilidad).

Para resolver se considera:

La sentencia de 3 de marzo de 1983 de la honorable Corte Suprema de Justicia que afectó la facultad del reglamento para establecer las condiciones en las cuales se requería la firma del Contador o Revisor Fiscal en la declaración de renta, implica que lo regulado sobre ese aspecto por el inciso 1º del artículo 4º del Decreto 1023 de 1983 se halla en contradicta con la ley que reglamenta, y por ello habrá de suspenderse provisionalmente.

La expresión del parágrafo 1º del artículo 4º del Decreto 1023 de 1983, vinculado o no laboralmente a la empresa, contradice *prima facie* el texto del artículo 1º, inciso 2º de la Ley 145 de 1960, por lo cual habrá de suspenderse temporalmente esa expresión.

La previsión del parágrafo 3º del artículo 4º del Decreto 1023 de 1983 no contradice en cuanto es su parte dispositiva el precepto del artículo 9º de la Ley 145 de 1960, puede, eventualmente, no reproducir textualmente esta última disposición, pero aparentemente no puede afirmarse que la contradice por lo cual no habrá de accederse a esa solicitud de suspensión provisional.

No ocurre lo mismo con el parágrafo 3º del mismo artículo 4º, toda vez que no establece en él ningún deber imperativo sino simplemente otorga facultades a los contribuyentes, por lo que *prima facie* no ofrece contradicción evidente con la norma superior supuestamente violada.

Halla, la Sala que la exclusión de los datos a que se refieren los incisos 1º, numerales 1, 2 y 3, 2º y 3º del artículo 5º del Decreto 1023 de 1983 se hallan en aparente contradicción con los ordinales 2º y 3º del Decreto 3803 de 1982, pues los datos exigidos por la norma superior no están supeditados para aquellos contribuyentes que en razón de la cuantía, el reglamento eximiera de procurar la correspondiente información.

La Sala habrá de suspender, provisionalmente, las disposiciones consignadas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 5º del Decreto 1023 de 1983.

En lo que hace a la ilegalidad del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 1023 de 1983, el cual dispuso que para efectos de la declaración de renta la firma de contador supliría requisitos establecidos por la ley material (Decreto legislativo número 3803 de 1982), la Sala habrá de recordar una vez más, que el reglamento podía señalar las condicio-

nes y las cuantías dentro de las cuales haría exigible la firma de contador público, pero dado que la honorable Corte Suprema de Justicia, en fallo de 3 de marzo de 1983, dejó sin efecto esa facultad, es fácil establecer la flagrante violación en que aquel texto y los superiores del Decreto 3803 de 1982.

Pero, además, como el artículo 54 del Decreto 2053 de 1974 exige que para aceptar los costos incurridos en divisas extranjeras es necesario adjuntar una relación de los asientos de contabilidad referentes a los ajustes por cambio, debidamente autenticados por Revisor Fiscal o Contador, infiérese la contradicción apreciable a simple vista por lo cual habrá de decretarse la suspensión provisional del artículo 6º del Decreto 1023 de 1983, en su numeral 1.

En consecuencia, la Sala de Decisión de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelve:

1º *Revócase* el auto recurrido en cuanto denegó la suspensión provisional de las medidas acusadas.

2º Decrétase la suspensión provisional de las siguientes disposiciones:

a) La expresión ... "vinculado o no laboralmente a la empresa" contenida en el inciso 1º del artículo 4º del Decreto 1023 de 1983;

b) El inciso primero (1º) numerales 1, 2 y 3 del artículo 5º del Decreto reglamentario 1023 de abril 11 de 1983; y

c) El numeral 1 del artículo 6º del Decreto reglamentario número 1023 de abril 11 de 1983.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Ejecutoriado este auto vuelva el expediente al Despacho del Consejero conductor del proceso.

Cúmplase.

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

Hernán Guillermo Aldana Duque, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Ausente.

Jorge A. Torrado, Secretario.

CAPITULO TERCERO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

EMPLEADOS PUBLICOS. DEFICIENTE RENDIMIENTO.— Alcance jurídico. Insubsistencia del nombramiento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Proyecto: Doctor *Roberto Salgado*, Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 783 (10665). Resoluciones Ministeriales. Reconstrucción. Actora: Fidelina Castellanos Hernández y otro.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de septiembre de 1983, por medio de la cual se negaron las pretensiones que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, formularon Fidelina Castellanos Hernández y Rafael Ramiro Bolaños Ortega de la siguiente manera:

"*Primera:* Decretar que es nula la Resolución número 1906, artículos 1º y 2º, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, proferida con fecha 24 de marzo de 1981, mediante la cual se declararon insubsistentes los nombramientos de mis precitados poderdantes, como empleados dependientes de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"*Segunda:* Decretar que es nula la Resolución número 3044, artículo 18, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, proferida con fecha 14 de mayo de 1981, mediante la cual se aclaró la Resolución número 1906, citada antes.

"*Tercera:* A título de restablecimiento del derecho lesionado, se condene a la Nación Colombiana - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a reintegrar a los señores: Fidelina Castellanos Hernández, al cargo de *técnico administrativo* 4065-07 de la Sección de Contabilidad, Caja, Estadística y Archivo de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o en otro cargo de igual o superior categoría; al señor Rafael Ramiro Bolaños Ortega, al cargo de *profesional universitario* 3020-04 de la Sección de Contabilidad, Caja, Estadística y Archivo de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o en otro cargo de igual o superior categoría.

"*Cuarta:* En armonía y como consecuencia de los pedimentos anteriores, se condene a la Nación Colombiana - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a las siguientes obligaciones:

"a) A pagar a mis poderdantes ya indicados, los sueldos no cancelados, desde las fechas que a continuación se consignan y hasta el día en que se les restituya en su cargo, así: A la señorita Fidelina Castellanos Hernández, desde el día 10 de abril de 1981 y al señor Rafael Ramiro Bolaños Ortega, desde el día 6 de mayo de 1981;

"b) Al pago de todas las prestaciones sociales correspondientes a los preindicados cargos, como son vacaciones, primas, aumento de sueldo y demás emolumentos extras habituales, etc.;

"c) Al cómputo del tiempo que permanezcan cesantes, para efectos de cesantía, primas, pensión de jubilación, etc.".

El fundamento fáctico se expuso así:

"*Primero:* Que por nombramiento efectuado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se vincularon como empleados de la Dirección General de Aduanas dependiente del citado Ministerio, los señores Fidelina Castellanos Hernández y Rafael Ramiro Bolaños Ortega, siendo en su orden las fechas de su posesión: 1º de marzo de 1971 y 3 de mayo de 1974.

"*Segundo:* Que a principios del mes de marzo del presente año de 1981, los señores en mención, desempeñaban los siguientes cargos: Señorita Fidelina Castellanos Hernández: Técnico Administrativo 4065-07 de la Sección de Contabilidad, Caja, Estadística y Archivo de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con un salario básico mensual de $ 18.000.oo, cancelados hasta el día 9 de abril de 1981, inclusive; señor Rafael Ramiro Bolaños Ortega: Profesional Universitario 3020-04 de la Sección de Contabilidad, Caja, Estadística y Archivo de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con un salario básico mensual de $ 24.975.oo, cancelados hasta el día 5 de mayo de 1981, inclusive.

"*Tercero:* Que mis poderdantes venían desempeñando las funciones de sus respectivos cargos desde el mismo momento de su posesión, en forma normal, cumplida y competente, sin registrar llamadas de atención ni sanción alguna en sus largos años de labores, cuando en forma sorpresiva e injustificada fueron declarados insubsistentes sus nombramientos por medio de la Resolución número 1906 del 24 de marzo de 1981, aclarada por la Resolución número 3044 del 14 de mayo de 1981, Resoluciones dictadas por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. A mis representados se les comunicó la insubsistencia así: A la señorita Castellanos Hernández, en Oficio número 120 del 9 de abril de 1981 y que le fue entregado el 14 de abril de 1981; al señor Bolaños Ortega, en Oficio número 119 del 9 de abril de 1981 y que le fue entregado el 13 de abril de 1981.

"*Cuarto:* Que al serles comunicada a los empleados afectados por la Resolución acusada, la novedad en ella contenida, en medio de su afán y gran preocupación por la situación a ellos creada, pudieron

establecer y comprobar la preexistencia del Oficio que con fecha 4 de marzo de 1981, envió el señor José Vicente Barrero Rojas en su condición de Jefe de Contabilidad y Caja de la Aduana Interior de Bogotá al señor Vicealmirante (r) Eduardo Meléndez Ramírez, Director General de Aduanas, documento cuyo texto es del siguiente tenor:

" 'Bogotá, D. E., marzo 4 de 1981. Señor Vicealmirante (r) Eduardo Meléndez Ramírez Director General de Aduanas —E. S. D.— Respetuosamente me dirijo al señor Almirante con el fin de solicitarle se ordene el cambio o retiro de la señora Cecilia de Chaparro de la Oficina de Contabilidad, debido a que a pesar de habérsele llamado varias veces la atención sobre la llegada tarde al trabajo lo sigue haciendo y luego se dedica a leer revistas, por tal motivo la rendición de cuentas fiscales no se ha podido elaborar a su debido tiempo con un atraso de más de tres meses. Los libros que están a su cuidado tienen errores que trata de justificarlos con otros compañeros. Solicito también el traslado de los siguientes empleados por las mismas causas del anterior en cuanto a atraso de la rendición de cuentas: Ramiro Bolaños y Fidelina Castellanos. Del señor Almirante, atentamente, (fdo.) José Vicente Barrero Rojas, Jefe de Contabilidad y Caja Aduana Interior de Bogotá'.

"Es procedente observar que, a pesar de existir la obligación legal de haberse ordenado la correspondiente investigación administrativa (Decreto 1950 de 1973), esto no se hizo y en consecuencia, sin el agotamiento de la investigación no podía producirse válidamente sanción alguna contra los empleados inculpados, como en efecto se hizo en la Resolución número 1906 de 1981, la cual entraña una sanción, bajo el calificativo de insubsistencia.

"*Quinto:* Que en la parte superior derecha del documento cuyo texto se transcribe en el punto anterior, fue impuesta en forma manuscrita, según es conducente deducir por el señor Director General de Aduanas, el siguiente texto:

" 'Marzo 4 de 1981. Doctor Camacho, *si no son de carrera declararlos insubsistentes.* (Fdo.) *ilegible*'.

"El texto transcrito lleva una firma que al parecer corresponde a una letra *E* mayúscula, sobre una línea horizontal. Se hace necesario hacer notar que en la fecha 4 de marzo de 1981, el doctor Camacho Sastre Juan Oswaldo, era el Jefe de Personal de la Dirección General de Aduanas.

"*Sexto:* Que la nota manuscrita impuesta por el Director de Aduanas sobre el Oficio recibido de Barrero Rojas, hace relación directa a mis poderdantes, respecto a quienes se solicita el traslado por las razones allí expuestas, razones o motivos que bien han debido dar lugar a adelantar una investigación administrativa, para que, si en verdad tales empleados eran responsables de las imputaciones hechas por Barrero Rojas, respondieran de conformidad con las normas legales pertinentes y sufrieran las correspondientes sanciones administrativas. Pero tal investigación nunca se efectuó, o nada se pudo acreditar contra mis representados y tal vez por ello nunca fue dada a conocer, ni los pretendidos inculpados fueron citados para ser oídos en descargos" (fls. 13 a 15).

Como disposiciones violadas se indicaron los artículos 16, 17, 26 y 28 de la Constitución Política, 3º, 12, 13 y 14 del Decreto 2400 de 1986 y 66 de la Ley 167 de 1941. Y en el concepto de la violación se expresó en los términos que siguen:

"El artículo 16 de la Constitución Nacional establece 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'. Con el procedimiento empleado en contra de mis poderdantes, se violó en forma clara y concreta el precepto constitucional citado; el contenido del Oficio de fecha 4 de marzo de 1981 enviado por Barrero Rojas al Director General de Aduanas, es calumnioso, carece de todo tipo de prueba, no tiene fundamento y lesiona grave e injustificadamente el patrimonio moral, familiar y económico de los ciudadanos destituidos, y es notoriamente violatorio del precepto de protección al trabajo a que está obligado el Estado, según el artículo 17 de la Constitución. De igual manera se ha violado ostensiblemente el artículo 26 de la misma Constitución Nacional que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Como es fácil observar, en el caprichoso procedimiento cumplido en contra de mis representados, se dejaron de un lado, todos y cada uno de los requisitos de la norma constitucional citada. Se violó también el artículo 28 de la Constitución Nacional, por las mismas claras razones expuestas. Pero es que en el caso de mis poderdantes, no se conoce el más sencillo remedo de investigación administrativa, jamás se les llamó a descargos negándoseles la oportunidad de ejercer el derecho de defensa.

"Las imputaciones que en el Oficio se hacen a mis representados, sin estar demostradas, los sindican de ilegalidad al incumplir los deberes, con violación de los deberes consagrados en el artículo 6º del Decreto 2400 de 1968; estas imputaciones de legalidad son lesivas en todo orden para los exfuncionarios afectados y *no es posible aceptar* que el acto administrativo cuya nulidad se pretende, por los claros motivos analizados y expuestos, se repite no es posible aceptar que esté favorecido por una presunción de *legalidad*, de *veracidad* y de *certeza*, pues contra y sobre dicho acto administrativo, está la presunción constitucional que tutela la inocencia y el buen nombre de las personas a quienes precisamente deben proteger las autoridades legítimamente constituidas, tutela que se extiende hasta el patrimonio moral de las personas, en este caso vulnerado en forma clara, por una desviación de funciones o de poder, que ha venido a resultar una verdadera antítesis a estos preciosos e invulnerables postulados constitucionales.

"Los estudiosos del Derecho Romano encontraron desde remotas edades que la carga de la prueba incumbe al actor y en consecuencia la entidad administrativa que controla la conducta de los Administradores Públicos ha debido abrir la correspondiente investigación *previa*, para llegar a verídicas y probadas situaciones que sirvan como base justa y legal para sus posteriores afirmaciones y actuaciones.

"El honorable Consejo de Estado y Tribunales Administrativos han sido muy concretos y consecuentes con el respeto y el cuidado que a las personas naturales debe la administración pública a través de sus actitudes, para no maltratarlas con una falsa motivación o con una desviación de poder o de funciones.

"No es de recibo, pues, en forma tan alegre e irresponsable jugarse con la honra y nombre de los servidores del Estado, llenándolos de aprobio y llevando a sus hogares y familias el dolor y la miseria, destruyendo sus carreras de empleados del Estado, logradas con intensos sacrificios, dedicación y lealtad.

"La idoneidad de los exfuncionarios a quienes represento, está acreditada de manera suficiente y clara si se tiene en cuenta que a través de los siete y diez años de servicios continuos al Estado, no fueron objeto de llamadas de atención ni fueron merecedores de sanciones; tan sólo ahora en el Oficio de 4 de marzo de 1981 al Director de Aduanas se afirma que han incumplido sus deberes y esta irresponsable e improbada afirmación, fue suficiente para que se les privara del derecho de trabajar, causándoles inmensos perjuicios e impidiéndoles lograr el sustento propio y el de sus familiares.

"Tampoco existe en la hoja de vida de mis representados, investigación administrativa o de alguna clase sobre la conducta de ellos, dentro o fuera de la Dirección General de Aduanas, lo cual nos muestra que no existió un motivo de buen servicio que justificara la decisión de sus despidos, tipificándose la clásica desviación de poder, que adelante pasamos a analizar, con base entre otras cosas, en el concepto sobre este punto, sentado por el honorable Consejo de Estado.

"*Decreto número 2400 de 1981:*

"Artículo 3º División de los empleos según su naturaleza y forma y manera de proveerlos; Artículo 13. Sanciones: Artículo 14. Graduación de las sanciones y su procedimiento disciplinario.

"De las normas citadas surge 'a *prima facie*' que la entidad nominadora no podrá, a pesar de no ser funcionarios de carrera, destituirlos en la forma como se ha hecho, sin violar la ley, pues en desarrollo de este estatuto, con las taxativas enumeraciones que la misma ley prevé, a los empleados no contemplados expresamente como de libre nombramiento y remoción se les garantiza su permanencia en el cargo, mientras no incurran en falta alguna que deba ser sancionada disciplinariamente conforme lo prevé el mismo Decreto. No se requieren mayores esfuerzos para concluir que el acto administrativo acusado es violatorio de normas superiores de derecho y por ende, anulable.

"De las normas anteriormente transcritas y la suma de los calificados conceptos que se traen a continuación al respecto, necesariamente tenemos que concluir que la autoridad administrativa, representada en este caso por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, incurrió flagrantemente en la *desviación de poder y abuso del derecho.*

"Definición, concepto, doctrina y jurisprudencia sobre la desviación de poder y abuso del derecho: Honorable Consejo de Estado: Bielsa, Hauriou, Fiorini, Sanobini.

"El honorable Consejo de Estado ha dicho que 'la desviación del poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un auto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos'.

"Rafael Bielsa, al respecto dice: 'En general incurre en este vicio todo agente administrativo que, no obstante observar la letra de la ley, ejerce una atribución con el fin contrario o incompatible con el verdadero fin perseguido por la ley'.

"Hauriou, sostiene que la desviación del poder, es el hecho de una autoridad administrativa que, aunque cumpliendo un acto de competencia y observando para ello las formas prescritas y todavía sin incurrir en ninguna violación formal de la ley, hace uso de sus poderes para otros fines diferentes a aquellos para los cuales esos poderes le fueron conferidos.

"La desviación de poder está así estrechamente vinculada a los motivos determinantes del acto administrativo: La legalidad o ilegalidad de éstos determina la validez de los actos jurídicos que los agentes administrativos omitan como tales en el ejercicio de sus funciones. Por tanto, si el motivo determinante del acto administrativo es ilegal, éste adolecerá de exceso de poder y será anulado.

"Según Fiorini, 'la actividad administrativa es siempre jurídica y lleva siempre implícitos los fines que ha creado el estado de derecho: Satisfacer el bien colectivo cumpliendo la ley; cuando el funcionario público dicta un auto cumpliendo las formalidades y no impregnándolas del fin o desviándolas hacia otras finalidades no fijadas por la ley, es evidente que ha desaparecido la esencia jurídica del mismo. Esta desviación de poder comprende todos los casos en que una autoridad usa de sus poderes para fines diversos de aquellos para los cuales esos poderes les fueron conferidos por la ley. No es indispensable que el fin que la autoridad se propone sea ajeno a los intereses públicos; esto es, que sea para satisfacer intereses particulares. Muy frecuentemente se trata de un fin público, eventualmente también, muy ventajosos para la administración, pero un fin público que es diverso de aquél que el acto debe proveer, según la ley'.

"Según los planteamientos de Sanobini, son los móviles característicos de la desviación del poder los siguientes: a) Móvil personal: Cuando el agente profiere el acto con un propósito egoísta bien de carácter privado (una venganza); o de carácter político (favorecer o eliminar un candidato en una elección, etc.); b) Cuando el acto se profiere con el propósito de perjudicar a alguien, un tercero y favorecer a otro; y c) Cuando se pretende favorecer un interés general, pero diferente del requerido por la ley en que se fundamenta el acto. 'La desviación del poder se relaciona estrictamente con las nociones de Servicio Público y Moral Administrativa. Depende entonces en una buena parte de la cultura del pueblo, pero más que todo del acervo moral de los gobernantes y funcionarios'.

"Los anteriores conceptos se estiman importantes y suficientes para demostrar que el acto ahora acusado, igualmente violó el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, plasmándose el abuso o

desviación de las atribuciones del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público" (fls. 15 a 18).

Para denegar las súplicas de la demanda, el Tribunal hizo entre otros los siguientes razonamientos:

"Si bien, al respecto, la Sala ha estimado, en más de una ocasión y en distintos pronunciamientos, que cuando se formulan cargos a los empleados públicos, así sean éstos de libre nombramiento y remoción, la administración está obligada a realizar la investigación disciplinaria pertinente y a observar, en relación con la misma, los procedimientos legales del caso, también ha considerado que los cargos —o 'inculpaciones' como se dice en la demanda— no pueden ser de cualquier naturaleza, sino que requieren cierta entidad, es decir, que constituyan faltas o delitos y sean capaces, además, de lesionar derechos del acusado, como que atentan contra su patrimonio moral, contra los privilegios que le otorga la ley etc.

"Por eso estima, igualmente, que el incumplimiento elemental de sus deberes, la deficiencia en sus labores, la ineficacia en la prestación del servicio público etc., que se aduzcan, como acusación y se deje constancia de ello en la hoja de vida respectiva (mandado ésto, además, por la ley), no ameritan una necesaria investigación administrativa, con el pretexto de tutelar el derecho de defensa y el debido proceso, pues, si se llegara a tal extremo se caería también en el extremo de que la Administración, en ejercicio de la facultad discrecional que la ley le concede, no podría prescindir, en ningún momento y en ninguna circunstancia, de los servicios de un mal empleado.

"No debe olvidarse, al lado de lo anterior, que la teleología que informa la actividad de la Administración es el buen servicio público, y, por eso, la ley ha erigido la presunción de que todo acto de la misma, tiene como objetivo último ese buen servicio, y, por consiguiente, el bien común o colectivo.

"Otra situación es aquella en que pretextando el mal servicio o la deficiencia en la prestación del mismo, la Administración oculte los verdaderos motivos, que bien pueden ser —por vía de ejemplo— intereses políticos o personales, y separe del empleo al funcionario, pues, en este caso, sí se presentaría un posible abuso o desviación de poder, pero ello debe ser claramente establecido en el proceso, y, por ende, fehacientemente comprobado en el mismo, no bastando, al respecto las afirmaciones unilaterales que sobre tal situación se hagan en la demanda y en las diversas etapas del debate judicial.

"En el caso en estudio, aunque se demostró la relación de causalidad entre la declaratoria de insubsistencia y el oficio enviado por el Jefe de Contabilidad y Caja de la Aduana Interior de Bogotá al señor Director General de Aduanas, no se estableció, con la fuerza probatoria necesaria, que aquella —la declaratoria de insubsistencia de los nombramientos de los demandantes— se hubiera efectuado por motivos distintos al buen servicio público, el cual, por lo demás, fue afirmado, sin contradicción alguna, por los mencionados Jefe de Contabilidad y Director General de Aduanas, señores José Vicente Barrero Rojas y Eduardo Meléndez Ramírez, en sus respectivos testimonios" (fls. 9 a 10).

Tramitada la instancia ante el Consejo de Estado se resuelve el recurso previas las siguientes

Consideraciones:

Es evidente que por medio del Oficio de 4 de marzo de 1981, dirigido al Director General de Aduanas, el Jefe de Contabilidad y Caja de la Aduana Interior de Bogotá solicitó el traslado de los demandantes por el atraso en sus labores, lo cual generaba que la rendición de cuentas fiscales no se hubiera podido elaborar a su debido tiempo (fl. 18 de la hoja de vida del demandante Bolaños).

Igualmente es incontrovertible que el Director General de Aduanas de esa época escribió en el mencionado oficio lo siguiente: "Doctor Camacho, si no son de carrera declararlos insubsistentes" (fl. 22).

Ahora bien, el meollo de la controversia estriba en saber si el atraso de un funcionario público en las labores que debe desarrollar o, mejor dicho, su deficiente rendimiento, constituye una falta sancionable disciplinariamente, la cual debe ser previamente investigada, como lo plantean los demandantes.

El rendimiento en el trabajo depende no sólo de la voluntad del empleado sino también de su capacidad y de sus condiciones sicofísicas. De ahí que no siempre el empleado obtenga igual cantidad en sus labores ni respecto de los demás trabajadores.

Si lo anterior es así, como ciertamente lo es, no sería justo que la ley considerara infractor de sus obligaciones laborales al funcionario que presentara deficiencia en su rendimiento.

Obsérvese que el tratamiento que se da a los funcionarios amparados por la carrera administrativa no es precisamente el de considerarlos incursos en causal de sanción disciplinaria cuando sean deficientes en su rendimiento, sino de insubsistencia del nombramiento (art. 240 del Decreto 1950 de 1973).

Y en lo que atañe a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, no existe razón valedera para considerar lo contrario, toda vez que a juicio de la Sala tal norma sirve de orientación inequívoca para fijarle el alcance jurídico al deficiente rendimiento de aquellos.

Sobre la base de lo dicho emerge incontestablemente que la administración no requería adelantar proceso disciplinario alguno a los actores, bastándole con la declaratoria de insubsistencia de sus nombramientos, en aras del buen servicio público, que venía siendo afectado en los términos a que se refiere el Oficio del 4 de marzo mencionado anteriormente.

Por las mismas razones, resulta ostensible que en la expedición de los actos acusados no se incurrió en la desviación de poder alegada, ni en la violación de las normas invocadas en la demanda.

Habiendo llegado la sentencia apelada a similares conclusiones debe 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.

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 16 de enero de 1987.

Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

DERECHOS DE AUTOR. JURISDICCION COMPETENTE.—

Las cuestiones que se suscitan con motivo de la Ley 23 de 1982 "Sobre Derechos de Autor" ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor serán de COMPETENCIA POR LA JUSTICIA ORDINARIA.

COMPETENCIA DE LOS JUECES DE CIRCUITO. Artículo 16 del Código de Procedimiento Civil.

"...1 De los contenciosos en que sea parte la Nación, un Departamento, una Intendencia, una Comisaría, un Municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial de algunas de las anteriores entidades, o una sociedad de economía mixta salvo las que corresponden a la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., seis de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 14. Actor: Editorial Mercurio S. A.

En el proceso en referencia se demanda a través de apoderado, en acción de restablecimiento del derecho, la nulidad de tres actos jurídicos, a saber: a) La Resolución número 001317 de 24 de mayo de 1985, emitida por el Secretario General del Ministerio de Gobierno y el Director General de Derecho de Autor, por la cual se reserva el nombre "La (s) Modelo (s) del Año" como distintivo de un Programa de Televisión, Cadena Uno, de emisión anual, a favor de Patricia Henao T. y Fernando Vásquez Lalinde; b) La Resolución número 001470 de 6 de junio de 1985, también de la Secretaría General del Ministerio de Gobierno, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición incoada contra la Resolución inicial 001317 de 1985, se confirmó a ésta y se concedió el recurso de apelación contra la misma; y c) La Resolución número 002029 de 5 de agosto de 1985, proferido por el Ministro de Gobierno y a través de la cual se desató el recurso de apelación mencionado y se confirmaron las dos Resoluciones anteriores, números 001317 y 001470. Tales Resoluciones materia de la demanda, se emitieron en desarrollo de la Ley 23 de 1982, "Sobre Derechos de Autor", y de su Decreto reglamentario número 3116 de 1984.

El mandatario judicial de una de las impugnadoras dentro de este proceso, a manera de "respetuosa solicitud" propone al Consejo de Estado que, aunque a su juicio esta Corporación tiene clara competencia para conocer de la acción contra actos administrativos relacionados

con las reservas de nombres de que tratan la Ley 23 de 1982 y el Decreto 3116 de 1984, haga oportuna alusión acerca de la competencia pertinente, frente a lo dispuesto por el artículo 242 de la citada Ley 23.

Efectivamente el artículo 242 de la Ley "Sobre Derechos de Autor", conque se incia el Capítulo XVIII de la Ley 23, bajo el rubro "Del procedimiento ante la jurisdicción civil", dice expresa y claramente lo siguiente:

"Las cuestiones que se susciten con motivo de esta ley ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltas por la justicia ordinaria".

Es cuestionable que los actos administrativos materia de la demanda bajo referencia son actos jurídicos que se fundamentan en las facultades "consagradas en los artículos 7º de la Ley 23 de 1982 y 1º del Decreto 3116 del 21 de diciembre de 1984", tal como se expresa en el encabezamiento de la Resolución 001317 de 1985 acusada, "por la cual se reserva un nombre para identificar una emisora, programa radial o de televisón". La reserva en cuestión se refiere al nombre *"la (s) modelo (s) del año"*, como "distintivo de un programa de Televisión (Cadena Uno) Emisión Anual, a favor de Patricia Henao T. y Fernando Vásquez L." (Cfr.: fl. 9).

El artículo 152 del Código de Procedimiento Civil establece como causal inicial de nulidad de un proceso: "1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción".

Del artículo 242 de la Ley 23 de 1982 transcrito arriba, se evidencia justamente la nulidad de todo lo actuado, por incompetencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para abocar el conocimiento del asunto planteado en la demanda promovida por la actora Editorial Mercurio S. A., como quiera que tal asunto controvertido se encuentra expresa, específica y especialmente atribuido al conocimiento de la jurisdicción ordinaria por el pretranscrito artículo 242 de la Ley "Sobre Derechos de Autor", de suerte que a esta Corporación no le cabe alternativa diferente al decreto de nulidad ameritada. Se copa de reiteración, la competencia para conocer de la aplicación de alguna de las disposiciones de la Ley 23 de 1982, así como de las cuestiones suscitadas "como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor", ha sido adscrita por el legislador ordinario a la justicia civil, de manera especialísima y expresa, en desarrollo de las facultades constitucionales que la Carta Política otorga el Organo Legislativo (C. N., art. 76, atribuciones 1ª y 2ª), lo cual forzosamente determina la declaración de la nulidad que envuelve la actuación cumplida.

Juzga el Despacho que además precise advertir que de conformidad con el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, "los jueces de circuito, conocen en primera instancia de los siguientes procesos: 1. De los contenciosos en que sea parte la Nación, un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial de algunas de las anteriores entidades, o una sociedad de economía mixta, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa". De igual manera se

anota que el artículo 268 del actual Código Contencioso Administrativo derogaba expresamente, entre otras normas, "el numeral 1 del artículo 16" del Código de Procedimiento Civil acabado de insertar. Empero, mediante sentencia de 19 de julio de 1984, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena declaró inexequible el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo en el aparte en que derogaba "el numeral 1 del artículo 16" del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, al carecer de competencia la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del asunto planteado en la demanda, por haber sido asignado a la jurisdicción ordinaria, según lo dispone de manera expresa una ley especial, como se deja visto, la actuación cumplida en este proceso está atacada o viciada de nulidad insaneable, en consonancia con el inciso final del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil ("No podrá sanearse la nulidad proveniente de falta de jurisdicción").

En mérito de lo expuesto, el Despacho

Decide:

1º *Declárase la nulidad* de todo lo actuado en este proceso.

2º En firme este proveído, por Secretaría remítase el expediente a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá (Reparto), por competencia (C. C. A., art. 143), junto con los antecedentes administrativos, si obraren.

3º Se tienen a los abogados Guillermo Zea Fernández y Henry Aristizábal Bustamante como apoderados especiales de Luis Fernando Vásquez Lalinde y Patricia Henao Tisnes y de la Nación (Ministerio de Gobierno), en su orden.

4º Notifíquese personalmente este proveído al Fiscal Primero de la Corporación.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PODER PARA LITIGAR (ART. 70, C. P. C.) ¿ANALOGIA EN LAS RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS? INAPLICABILIDAD.

No cabe la aplicación analógica de dicha norma (ART. 70, C. P. C.) una cosa es UNA RECLAMACION ADMINISTRATIVA en que se solicita el reconocimiento de diversos derechos y otra bien distinta el PROCESO JUDICIAL que es UNA UNIDAD INESCINDIBLE, aunque las pretensiones sean varias y que NO ADMITE LA ACTUACION SIMULTANEA DE DOS O MAS APODERADOS y en el cual no puede actuar el interesado si no es abogado inscrito y tampoco, aunque lo fuera, conjuntamente con su mandatario judicial, en virtud de revocación parcial, expresa o tácita, que no es posible, del poder conferido.

TRABAJO. ES UNA OBLIGACION SOCIAL Y GOZARA DE LA ESPECIAL PROTECCION DEL ESTADO.

1º Violación: Sólo mediante la transgresión de una norma legal que lo desarrolle.

2º Artículo 17 de la Constitución Nacional, artículo 9º del Código Sustantivo del Trabajo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expedientes números 1147 - 6602. Resoluciones Ministeriales Actor: José A. Pedraza Picón. (Guillermo Fussi Fioravanti).

El doctor José A. Pedraza Picón, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda en la cual formuló las siguientes pretensiones:

"a) La suspensión provisional de la Resolución número 3465 del 23 de noviembre de 1981 proferida por el señor Ministro de Defensa Nacional en las demandas procuradas por su apoderado doctor José A. Pedraza Picón, en cuanto a que se abstiene de reconocerle personería en cuanto a los reconocimientos prestacionales de que tratan los artículos 2º, 3º, 4º, 5º del mismo acto en el cual el mismo interesado Guillermo Fussi Fioravanti;

"b) Declarar que la Resolución acusada es nula y en consecuencia restablecer al doctor José A. Pedraza Picón con tarjeta profesional 6114, en el derecho a que el Ministerio de Defensa Nacional lo tenga como

apoderado del señor Guillermo Fussi Fioravanti, en todos los efectos que el poder otorgado por el interesado le conceda, dentro del término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo;

"c) Ordenar dar traslado a la sentencia que se dicte en este juicio al señor Procurador General de la Nación, para los efectos penales a que hubiere lugar, por el presunto delito de abuso de autoridad contra el funcionario que dictó la providencia que se anula" (fl. 100).

Se afirmaron los hechos que se transcriben a continuación:

"a) En los expedientes MDN - 0539 de 1977 del señor Guillermo Fussi Fioravanti, obra el poder para efecto de reajustar las prestaciones sociales reconocidas mediante la Resolución número 5347 de 1978 por el mismo Ministerio, y en esa virtud se expidió la Resolución número 3465 del 23 de noviembre de 1981 mediante la cual las peticiones formuladas por el apoderado le son negadas, artículo 1º y en el mismo acto, procede a hacer reconocimientos por reajuste prestacional, sin que por este concepto, se le hubiera hecho reconocimiento de la personería que el señor Guillermo Fussi Fioravanti le otorga al doctor José A. Pedraza Picón como abogado titulado;

"b) La Resolución número 3465 del 23 de noviembre de 1981 proferida por el Ministerio de Defensa en el artículo 1º, lo cita como apoderado al doctor José A. Pedraza Picón en aquello que le deniega, y en los demás artículos en que hace reconocimientos unitarios y periódicos por el reajuste prestacional invocado, se abstiene de citarlo siquiera como apoderado, y en el acto alude a solicitudes formuladas personalmente por el interesado, esto es que en lo denegado si hay actuación de apoderado y es citado en la Resolución; pero no existe, en aquello que si concede, so pretexto de que hay una petición personal del demandante y en ello, no concede personería;

"c) Tal actuación separa de hecho al apoderado en lo que reconoce; establece una vía irregular, inmoral y dañosa para desdoblar la actuación del profesional abogado dentro de un mismo proceso, reconociéndolo en lo que niega; y no reconociéndolo en lo que se ordena pagar prestacionalmente; procura por lo menos, por este medio de actuar en el acto acusado, que el apoderado no pueda deducir de los valores reconocidos el honorario que se hubiere pactado, pues el pago se hace en forma directa y personal al interesado que aquí lo es el señor Guillermo Fussi Fioravanti;

"d) Los valores reclamados ante el Ministerio de Defensa Nacional, como se desprende del memorial de reposición son superiores a $ 1.000.000.oo. Se desprende también de la autorización expedida por el señor Guillermo Fussi Fioravanti que el honorario deducible es del 45% como cuota litis. De esta manera el perjuicio que recibe el apoderado en este caso es superior al valor de $ 150.000.oo, siendo entonces de conocimiento de ese Despacho, la demanda;

"e) La suspensión es necesaria para evitar el grave daño que el apoderado percibiría permitiendo que el pago actual y el futuro que se haga por razón de la reposición, se hagan personalmente al actor ya que de esta manera eludiría su obligación para con el apoderado, como

en efecto está ocurriendo en la actualidad con los reconocimientos que la resolución otorga" (fl. 100 a 101).

Las disposiciones violadas y el concepto de la transgresión fueron expuestos así:

2. *Normas legales violadas, concepto de la violación.*

"Artículo 17 de la Carta. Artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Artículo 94 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 288 del Código Contencioso Administrativo.

"a) La suspensión inmediata del acto acusado está autorizada en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo. Y en el caso de autos se dán las condiciones para decretarla. En efecto, no está prohibida, está solicitada de modo expreso y evita un perjuicio grave y el agravio moral de que su relación de trabajo no esté protegida. En efecto. Basta la consideración sumaria que se desprende del acto acusado, de que si el apoderado no fue reconocido en lo que significan los valores prestacionales reajustados, su honorario no será recibido, porque se facilitó su elusión, mediante el procedimiento irregular y abusivo de no reconocer su personería para el proceso de pago. Es pues viable la solicitud especial y expresa de suspensión;

"b) El quebranto de la ley es obvio. El acto acusado agravia al apoderado en cuanto lo priva del derecho a la cuota litis de su honorario en lo que positivamente fue reconocido por el Ministerio. El Decreto extraordinario número 456 de 1956 dice en sus considerandos:

"Que las remuneraciones de los servicios personales, llámense 'honorarios, comisiones, precios, etc., tienen como el salario un carácte vital, alimenticio que exige su pago oportuno y la *consiguiente protección del Estado*'.

"El honorario profesional del abogado es una relación de trabajo, cuya protección garantiza el Estado, mediante el artículo 17 de la Carta y conforme a la obligación instituida por el artículo 9º del Código Sustantivo del Trabajo, remitidos a esta actuación según el artículo 288 del Código Contencioso Administrativo. Esa protección está obligada a prestarla por el funcionario público, y lo son en grado eminente los honorables Magistrados del Consejo de Estado. En el acto acusado no se da esta protección. Se viola el artículo 17 de la Carta y el artículo 9º del Código Sustantivo del Trabajo;

"b) El artículo 8º de la Ley 153 de 1887 prohíbe el enriquecimiento sin causa. Y no es otra cosa, el medio que el acto acusado procura para que el poderdante mejore su derecho reconocido en el acto acusado, eludiéndole el honorario por su servicio profesional;

"c) El artículo 70 del Código de Procedimiento Civil consagra que el poder para litigar se entiende conferido para 'todo el proceso' a que está destinado. Cuando la ley habla de *todo el proceso*, a que está destinado, implícitamente desautoriza que el poder se admita o se reconozca en lo que se deniega; y no se admita o se reconozca en lo que se ordena pagar. El poder es uno, como uno es el proceso. Hay pues una violación franca, ostensible, sin necesidad de entrar a considerar presupuestos jurídicos distintos a los que la ley señala y ordena, como

es que el poder se confiere para 'todo el proceso', no para una parte, esto es, que es inadmisible que se entienda conferido en lo que niega, y no lo es en lo que reconoce y ordena establecer.

"Es pues una simple cuestión de derecho, de regla, de norma positiva desconocida por el acto acusado, de manera flagrante, *prima facie*, que no necesita prueba distinta que el acto acusado mismo, pues en él establece la distinción de manera clara, expresa ostensible y flagrante que es precisamente lo que la ley prohíbe y lo que la norma manda con carácter obligatorio. El perjuicio es obvio en cuanto se le priva al apoderado del derecho a su honorario, sin que exista en el mismo acto o dé cuenta de que el poder le ha sido revocado al apoderado.

"Si se presenta copia auténtica de la autorización del honorario profesional es implícitamente para determinar la cuantía; lo mismo se presenta la reposición es para restablecer el monto de la reclamación presuntivamente y así concluir que es superior el valor del restablecimiento a $ 150.000.oo, dándole competencia al honorable Consejo de Estado, para el conocimiento de esta demanda;

"d) Las mismas consideraciones en cuanto a la violación tienen validez para el decreto de nulidad. En efecto. El artículo 67 del Código Contencioso Administrativo consagra la acción de nulidad en aquellos casos de la Administración en que la persona *se crea* lesionada en un derecho que le es suyo como es que en este proceso administrativo se le reconozca su personería en los términos del artículo 24, 32, del Decreto 196 de 1971, en concordancia con los artículos 65, 66, 67 del Código de Procedimiento Civil, al apoderado que suscribe esta demanda;

"e) Y en cuanto a la petición de que se dé traslado de la demanda y sentencia en este proceso al señor Procurador General de la Nación, debe despacharse también favorablemente, pues la conducta administrativa de quien expide la resolución puede haber quedado comprendida en lo previsto en el artículo 152 del Código Penal, como en efecto lo comprende en razón de que acomoda su decisión dentro de lo que es arbitrario o injusto, excediéndose en las funciones que le son propias a dicho funcionario, lo que implica que el acto sea punible por ser típico, antijurídico y culpable. Es típico porque está definido en la ley de manera inequívoca; es antijurídico porque lesiona a terceros y pone en peligro, sin justa causa el interés jurídico que la ley tutela mediante el artículo 17 de la Constitución y del artículo 8º del Código Sustantivo del Trabajo. Y porque es una conducta típica y antijurídica que se realizó de manera culpable, esto es, con dolo en cuanto procuró que mediante el acto acusado dañar al apoderado en su derecho a percibir su honorario y en cuanto a que también procura que el beneficiario del reconocimiento se mejore, no pagando lo que está obligado a pagar" (fls. 101 a 103).

La suspensión provisional solicitada fue negada por auto del primer Consejero Sustanciador del proceso, confirmado mediante providencia de la Sala de Decisión (fls. 104 y 110).

En su oportunidad la parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor y, además, propuso la falta de competen-

cia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer del presente asunto, así:

"Por estar demostrado con los antecedentes administrativos expedientes MDN 539 de 1977 y 067 de 1979 y FAC 093 de 1978, que el señor Fussi Pioravanti (sic) era trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo a la administración, la entidad demandada se permite proponer como nulidad para que sea resuelta al momento de decidirse las pretensiones del actor, la incompetencia de jurisdicción de que tratan los numerales 1º de los artículos 113 y 114 del Código Contencioso Administrativo. Conforme al numeral 1º del artículo 114 'hay incompetencia de jurisdicción: 1º Cuando por la naturaleza del asunto, o por disposición de la ley, el conocimiento del negocio corresponde a funcionario o corporación distinta del Consejo de Estado o de los Tribunales Administrativos'. Como se ha dicho, el Decreto 528 de 1964 en sus artículos 30 y 32, numerales 1º y 2º, literales g) y a), respectivamente, demarcan los límites entre la jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisdicción ordinaria de trabajo.

"Si bien la controversia en el caso *sub lite* no gira en torno al contrato de trabajo suscrito entre el señor Fussi Pioravanti (sic) y la Administración, si surge como consecuencia de la liquidación de las prestaciones que con fundamento en el contrato y las peticiones del administrado, y del actor, hizo la administración, y sobre las cuales demanda el doctor Pedraza Picón con base en los poderes a que se ha hecho referencia inicialmente.

"Desde siempre se ha dicho, que en derecho lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Es así como si existiera controversia entre el señor Fussi Pioravanti (sic) y la Administración, la competencia para decidir correspondería a la justicia del trabajo, en igual forma, ante la jurisdicción ordinaria laboral, debe ventilarse la controversia entre el señor apoderado de extrabajador oficial Fussi Pioravanti (sic), actor en el presente proceso y la Administración" (fls. 137 y 138).

Para resolver se hacen las siguientes

Consideraciones:

Aunque en el fondo se trata de una controversia entre particulares, el demandante y el señor Guillermo Fussi Fioravanti, por concepto de honorarios profesionales, y el acto acusado versa sobre prestaciones de un extrabajador oficial del Ministerio de Defensa Nacional, todo lo cual es de incumbencia de la justicia especial del trabajo, no significa, como lo plantea la parte demandada, que el aspecto a que se refiere la demanda no corresponda a esta jurisdicción. Otra cosa es que para decidir la controversia contencioso administrativa no pueda el Consejo de Estado dilucidar esas cuestiones, que inciden esencialmente en ella, porque están atribuidas por la ley a otra jurisdicción. En otros términos, no va la Sala, porque no puede, a esclarecer si el demandante gestionó o no los reajustes reconocidos por el Ministerio de Defensa Nacional al señor Fussi Fioravanti y, por lo tanto, si adquirió o no derecho a honorarios con relación a tales reconocimientos.

La resolución ministerial acusada dice en su primer considerando:

"Que el trabajador oficial Guillermo Fussi Fioravanti, *obrando mediante apoderado,* solicita reconocimiento de prima de antigüedad, reajustes presidenciales por los años 1974, 1975 y 1977, emolumentos o primas como trabajador de la FAC e intereses sobre cesantías; *y personalmente,* el reajuste de las prestaciones sociales reconocidas mediante Resolución número 5347 de 1978: En razón a no haberse tenido en cuenta los últimos salarios devengados al liquidar sus prestaciones por retiro, cesantía y pensión de jubilación" (se subraya).

Después de otras consideraciones se resolvió en la misma providencia:

"*Artículo 1º* Negar los pedimentos formulados por el extrabajador oficial de la Fuerza Aérea, Guillermo Fussi Fioravanti, con cédula de extranjería número 25.152 de Bogotá, a través de su apoderado legal doctor José A. Pedraza Picón, con tarjeta profesional número 6114 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

"*Artículo 2º* Reconocer y ordenar pagar con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa, al extrabajador oficial de la Fuerza Aérea Guillermo Fussi Fioravanti, cédula de extranjería número 25.152 de Bogotá, la suma de seiscientos treinta y cuatro mil trescientos setenta y ocho pesos con 42 centavos ($ 634.378.42), por los siguientes conceptos:

"a) Doscientos treinta y un mil seiscientos quince pesos con 19 centavos ($ 231.615.19), valor de la cesantía definitiva por 22 años, 4 meses y 11 días;

"b) Cuatrocientos dos mil setecientos sesenta y tres pesos con 23 centavos ($ 402.763.23), valor mesadas pensionales causadas del 1º de abril de 1978 al 30 de septiembre de 1981 incluyendo las mesadas adicionales por los años de 1978, 1979 y 1980.

"*Parágrafo:* De la suma antes reconocida se descontará la cantidad de quinientos veintidós mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos con 93 centavos ($ 522.453.93), así: Trescientos cuarenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y cuatro pesos con 22 centavos ($ 344.474.22), valor mesadas pensionales pagadas durante el mismo lapso y adicionales por los años de 1978, 1979 y 1980 y tres mil quinientos diecinueve pesos con 71 centavos ($ 3.519.71), diferencia dejada de cotizar a favor del Fondo Asistencial de pensionados, ciento setenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta pesos ($ 174.460.oo), pagados como cesantía según Resolución número 5347 de 1978.

"*Artículo 3º* A partir del 1º de octubre de 1981 se continuará pagando al trabajador oficial Fussi Fioravanti una pensión de jubilación en cuantía de once mil seiscientos ochenta y tres pesos con 25 centavos ($ 11.683.25).

"*Artículo 4º* A partir del 1º de octubre de 1981 continuará cotizando con el 5% del valor mensual de su pensión, para el Fondo Asistencial de Pensionados.

"*Artículo 5º* Para los fines legales subsiguientes, agréguese copia de la presente Resolución a la Hoja de Vida del extrabajador oficial de la Fuerza Aérea, Guillermo Fussi Fioravanti" (fls. 97 a 99).

Se tiene entonces que en el primer considerando de la Resolución número 3465 del 23 de noviembre de 1981, dictada por el Ministro de Defensa Nacional, se dice que el señor Guillermo Fussi Fioravanti solicitó, *por intermedio de apoderado*, el reconocimiento de prima de antigüedad, reajustes presidenciales por los años de 1974, 1975 y 1977, emolumentos o primas como trabajador de la FAC e intereses sobre cesantía; y *personalmente*, el reajuste de las prestaciones sociales reconocidas mediante la Resolución número 5347 de 1978.

Por considerar que el trabajador no tenía derecho a lo reclamado por conducto de su apoderado, negó lo pedido, y por cuanto estimó procedente el reclamo que según la Resolución hizo personalmente el señor Fussi Fioravanti, accedió a lo solicitado.

La petición principal de la demanda presentada por el actor está encaminada a que se declare que la Resolución acusada es nula y en consecuencia se le restablezca "en el derecho a que el Ministerio de Defensa Nacional lo tenga como apoderado del señor Guillermo Fussi Fioravanti, en todos los efectos que el poder otorgado por el interesado conceda, dentro del término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

El agravio que el acto administrativo acusado causa al actor consiste, según la demanda, en que no se le reconoce como apoderado respecto de los derechos reconocidos, lo que permite que los pagos se hagan directamente al señor Fussi Fioravanti y el doctor José A. Pedraza Picón no pueda deducir de ellos el valor de sus honorarios cuyo monto es equivalente al "45% como cuota litis".

Como la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo no puede prosperar sino a condición de que el acto acusado haya violado las disposiciones de superior jerarquía citadas en la demanda y esa transgresión haya causado agravio al demandante porque así mismo vulneró derechos suyos establecidos por ellas, debe la Sala examinar si aquellas invocadas por el actor fueron efectivamente quebrantadas, comenzando por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

El citado precepto, que establece que "el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado" (art. 17, C. N.), no puede ser violado sino mediante la transgresión de una norma legal que lo desarrolle, es decir, que instituya derechos y garantías en favor de todos los trabajadores o de determinada clase de ellos, como es el caso, por ejemplo, de las disposiciones laborales que los consagran en beneficio de quienes prestan sus servicios en forma subordinada o dependiente. En su enunciado general el mencionado canon constitucional no consagra derechos y garantías de carácter concreto, sino que expresa un principio normativo que debe guiar al legislador, encargado de dictar las leyes relacionadas con el trabajo, y a las autoridades obligadas a aplicarlas.

Tampoco pudo ser infringido el artículo 9º del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto sólo es aplicable a las relaciones que regula dicho estatuto y en beneficio de los trabajadores amparados por sus normas. Por otra parte, dicho precepto no hace sino repetir el principio constitucional sobre la protección al trabajo y lo concreta sólo para establecer que es obligación de los funcionarios públicos prestar a los trabajadores "una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones".

Lo anterior se dice sin entrar a esclarecer, porque no corresponde a esta jurisdicción, cuál de las dos personas a que se refiere la providencia acusada era sujeto preferente de las normas sobre protección al trabajo.

El actor considera violado el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el cual establece que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". Con relación a este precepto, menciona el actor como quebrantado por la resolución del Ministerio de Defensa Nacional el principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa. Su invocación supone, a la luz del texto transcrito, que no existe norma exactamente aplicable al caso y ni siquiera alguna que pudiera aplicarse por analogía. No comparte la Sala esta apreciación.

Además, ¿cuál es el caso? Según la demanda, que el acto acusado propició el enriquecimiento sin causa del extrabajador del Ministerio de Defensa Nacional, en perjuicio del actor. Pero no puede el Consejo de Estado declarar ni tener por cierto que un acto administrativo patrocinó el enriquecimiento sin causa de un particular en perjuicio de otro, mientras el juez competente, que pertenece a otra jurisdicción, no haya declarado que lo hubo.

Por lo dicho, no encuentra la Sala que haya sido violado el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, sobre normas y principios de aplicación supletoria.

Finalmente, se indica como disposición violada el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "el poder para litigar se entiende conferido para todo el proceso a que está destinado...".

No cabe la aplicación analógica de dicha norma como pretende el actor, pues una cosa es una reclamación administrativa en que se solicita el reconocimiento de diversos derechos y otra bien distinta el proceso judicial que es una unidad inescindible, aunque las pretensiones sean varias, y que no admite la actuación simultánea de dos o más apoderados y en el cual no puede actuar el interesado si no es abogado inscrito y tampoco, aunque lo fuera, conjuntamente con su mandatario judicial, en virtud de revocación parcial, expresa o tácita, que no es posible, del poder conferido.

Claro está que el hecho de que un abogado esté reclamando ante una entidad pública para su cliente, el reconocimiento y pago de *determinados* salarios y prestaciones no le impide al interesado reclamar *otros* derechos salariales o prestacionales. Cabe anotar al respecto que si se tratara de dirimir la controversia sobre honorarios y fuera

ello de la incumbencia de esta jurisdicción, se podría hacer un cotejo entre las solicitudes hechas ante el Ministerio de Defensa Nacional por el demandante a nombre del señor Guillermo Fussi Fioravanti, con la que el propio interesado formuló (fls. 34 vto., 45 y 55 del expediente). Pero no corresponde a esta jurisdicción indicar el alcance del poder que el señor Guillermo Fussi Fioravanti otorgó al actor, ni si éste reclamó o no a nombre del interesado las sumas que fueron reconocidas en la Resolución del Ministerio de Defensa Nacional, además si actuó o no, en síntesis, si gestionó el reconocimiento y pago de las mismas, para determinar el derecho que le asiste, a fin de establecer si fue vulnerado por la providencia acusada.

Por otra parte, bien hubiera podido el Ministerio omitir la aclaración sobre qué reclamó cada cual y así como dictó una sola resolución, proferir sendas providencias para resolver las distintas peticiones. Téngase en cuenta que los derechos del demandante no podían emanar de la Resolución del Ministerio de Defensa Nacional sino del contrato que aquél celebró con el señor Fussi Fioravanti y de su actuación ante dicho organismo público, en ejercicio del poder que le fue otorgado.

Ahora, que se le entregara o no al demandante las sumas reconocidas en el acto acusado a favor del señor Guillermo Fussi Fioravanti no dependía de dicha providencia que al respecto nada dispone, sino del poder que se le otorgó, es decir, si lo autorizaba o no para recibirlas, aún en el caso de que hubieran sido reclamadas directamente por el interesado. No es la Administración la que decide sobre la forma como los apoderados pueden hacer efectivos sus derechos.

No encuentra, pues, la Sala que la Resolución acusada hubiera quebrantado las disposiciones citadas por el actor, como ya se había vislumbrado en la providencia que negó la suspensión de dicho acto administrativo, proferida por el primer conductor del proceso.

Por lo demás, precisa recordar que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad que tiene que ser desvirtuada por quienes los acusan de quebrantar la ley, lo cual no fue demostrado en el proceso.

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:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de febrero de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Gustavo Salazar Tapiero,* Conjuez; *Gaspar Caballero Sierra.*

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

EMPLEADOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. INTERVENCION EN POLITICA. PROHIBICION CONSTITUCIONAL.— (Art. 62, C. N.).

1º Análisis del artículo 10 del Decreto 2400 de 1968. "No hay debate electoral que no implique INTERVENCION EN POLITICA".

SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL CARGO, por encontrarse el empleado público en goce de una licencia o de unas vacaciones o cumpliendo una sanción, no acarrea la suspensión de su condición de empleado público, se mantiene el régimen de PROHIBICIONES INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES ANEXAS A ESA CALIDAD.

INTERVENCION EN POLITICA Y ACTIVIDADES PARTIDARIAS. PROHIBICIONES.

Las normas que establecen la prohibición de participar en controversias políticas o intervenir en actividades partidarias no se refieren exclusivamente a los empleados públicos que estén en ejercicio de sus cargos sino a quienes tengan tal calidad, que no se pierde por el hecho, de no estar desempeñando las respectivas funciones.

SANCIONES DISCIPLINARIAS. DESTITUCION DESPUES DE SUSPENSION.

El hecho de que un funcionario esté suspendido en el ejercicio de sus funciones en virtud de la sanción que le fue impuesta, no constituye impedimento para destituirlo si incurre en una falta que lo justifique.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 584 - 12228. Resoluciones Ministeriales.

Actor: Edgar Alvarado Arias.

Se decide el recurso de apelación que interpuso el señor Edgar Alvarado Arias, quien actúa por intermedio de apoderado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 11 de febrero de 1983, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda que el recurrente había presentado con el objeto de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Es nula la Resolución número 2630 del 26 de junio de 1980, expedida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se destituyó al señor Edgar Alvarado Arias, en el ejercicio del cargo de Técnico Administrativo 4065-07 de las Divisiones Delegadas de Presupuesto de la Subdirección de Ejecuciones Presupuestales de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"2. A título de restablecimiento del derecho lesionado, condénase a la Nación Colombiana - Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, a reintegrar a mi mandante al mencionado cargo y a pagarle los salarios, prestaciones e indemnizaciones que deje de devengar durante el lapso que permanezca separado del servicio; y que además se declare que, para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios durante el tiempo expresado" (fl. 16 del expediente).

Los hechos de la demanda los expone así el apoderado del actor:

"1. Mi mandante ingresó al servicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 27 de marzo de 1972, en el cargo de Auxiliar de Contabilidad III-14. Posteriormente y sin que variaran sus funciones desempeñó el cargo de Técnico Administrativo 4065-07 de las Divisiones Delegadas de Presupuesto de la Subdirección de Ejecuciones Presupuestales de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"2. Desde el día 13 de agosto de 1979, los trabajadores del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, decretaron un cese de actividades que se prolongó hasta el mes de enero de 1980.

"3. Muchos empleados participaron directamente en el paro; otros no participaron, pero se vieron obligados a no trabajar durante el mismo, debido a que los huelguistas impedían el acceso al lugar de trabajo, a los continuos conflictos y choques, entre estos y la fuerza pública, ya que el Ministerio no pudo otorgar las mínimas condiciones de seguridad y tranquilidad para que pudiesen trabajar todos los empleados que deseasen hacerlo.

"4. Mi mandante no participó en el paro. No obstante, debió dejar de trabajar durante el mismo, porque la fuerza pública no permitía el acceso de los trabajadores al sitio de trabajo.

"5. Por Resolución número 7644 del 17 de octubre de 1979, expedida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, se suspendió a mi mandante en el ejercicio del cargo, por el término de doce (12) meses, por haber tenido presuntamente participación en el paro.

'6. Cuando aún no había cumplido la sanción de suspensión y como culminación de un procedimiento disciplinario fue destituido de su cargo, mediante la Resolución número 2630 del 26 de junio de 1980, que fue notificada el 10 de julio del mismo año.

"7. Como causales de destitución se invocan los siguientes cargos:

"1º 'Violación de la prohibición impuesta por el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, configurada por la participación en política al parecer inscritos en la lista de candidatos para el Consejo Distrital por

la circunscripción electoral de Cundinamarca, del movimiento Fuerza Popular para el período 1980 - 1982.

"2º Contravención de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 2492 de 1975, por cuanto observó una conducta continuada de participación e instigamiento a mantenerse en el paro decretado ilegal mediante Resolución número 4802 emanada del Ministerio del Trabajo'.

"8. El acto administrativo cuya nulidad se demanda fue expedido en forma irregular, con violación de la ley y abuso o desviación de poder porque:

"a) No está comprobado que mi mandante hubiese ejecutado algunas de las actividades que de acuerdo con la ley constituyen participación en política;

"b) No se podía sancionar dos (2) veces por un mismo hecho, esto es, la presunta participación en el paro;

"c) Estando vacante temporalmente el cargo y suspendido, por consiguiente, la relación de trabajo no se podía hacer cesar al empleado definitivamente en el ejercicio de sus funciones mediante su destitución;

"d) Ninguno de los hechos en que se funda corresponde a la realidad;

"e) Ni en el acta de la comisión de personal ni en el acto de destitución existe evaluación alguna de los hechos y pruebas que sirvieron de base para dosificar la sanción e imponer como pena la destitución;

"f) La destitución obedeció no a razones de buen servicio sino al deseo inconfesado de sancionar una vez más a mi mandante por su presunta participación en el paro;

"g) Se incumplieron las formalidades de procedimiento que la ley contempla para imponer la sanción de destitución.

"9. En el momento en que se produjo la suspensión en el ejercicio del cargo y cuando se expidió la resolución de destitución, mi mandante se encontraba inscrito dentro del escalafón de la Carrera Administrativa" (fls. 16 y 17 del expediente).

De la siguiente manera el apoderado del demandante indicó las normas que en su opinión fueron violadas por el acto acusado y expuso el concepto de la violación.

"Artículo 26 de la Constitución Nacional. Esta norma fue violada con la expedición del acto acusado porque para juzgar las faltas que presuntamente se le imputaron a mi representado no se cumplieron las formalidades de procedimiento que exigen los Decretos 2400 de 1968, 3074 del mismo año y 1950 de 1973, es decir, que la sanción fue impuesta sin observar las reglas del debido proceso que exige la norma constitucional en referencia.

"Artículos 6º, 7º, 9º, 10 y 25 del Decreto 2400 de 1968 (Modificado Decreto 3074 de 1968), 23, 58, 105, y 125, 130 a 167 del Decreto 1950 de 1973, 1º del Decreto 2492 de 1975, 115 del Código de Procedimiento Penal, 24 del Decreto 2733 de 1959 y 19 del Código Sustantivo del

Trabajo. Como se expresó en los hechos de esta demanda a mi mandante se suspendió de su cargo por el término de doce (12) meses y cuando aún no se había cumplido esta sanción fue destituido de su cargo, según se afirma en la resolución acusada, por haber participado en política y por observar 'una conducta contínua de participación e instigamiento a mantenerse en el paro. ...'.

"En cuanto al cargo de participación en política observo, que la resolución demandada es violatoria del artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, porque dentro del informativo no se han acreditado los supuestos fácticos de la norma que implican el desarrollo de actividades partidarias, como son: 'Aceptar la designación o formar parte de directorios y comités de partidos políticos, aun cuando no se ejerzan las funciones correspondientes; intervenir en la organización de manifestaciones o reuniones públicas de los partidos; pronunciar discursos o conferencias de carácter partidario y comentar por medio de periódicos, noticieros u otros medios de información, temas de la misma naturaleza; tomar en cuenta la filiación política de los ciudadanos para darles un tratamiento de favor o para ejercer discriminaciones en contra; coartar por cualquier clase de influencia o presión la libertad de opinión o de sufragio de los subalternos'.

"El simple hecho de que mi mandante hubiese inscrito su nombre como aspirante al Consejo Distrital no implica su participación en política, pues la norma en referencia, en forma taxativa, determina las actividades que configuran dicha participación. La referida norma por contener una prohibición, no puede aplicarse en forma extensiva, sino restrictiva, según el principio de derecho de que las normas de excepción son de interpretación restringida.

"En virtud de la suspensión en el ejercicio de sus funciones decretada por la Resolución número 7644 del 17 de octubre de 1979, se produjo la vacante temporal del cargo, que venía desempeñando mi mandante, según el artículo 23 del Decreto 1950 de 1973 y en tal virtud, quedaron igualmente suspendidos los derechos, deberes y prohibiciones que para los empleados consagran los artículos 6º, 7º, 8º, 9º y 10. Por consiguiente, no puede imputársele a mi mandante el incumplimiento de deberes o la inobservancia de prohibiciones que no se le podían exigir.

"Estando suspendido mi representado en el ejercicio de sus funciones no podía el Ministerio imputarle el incumplimiento de deberes, o el desconocimiento de prohibiciones que sólo hacen relación a los empleados que se encuentran en servicio activo. En efecto, ¿cómo se puede hablar que estando suspendido mi mandante continuó participando e instigando al mantenimiento del paro? Si estaba suspendido en el ejercicio de sus funciones mal podía estar participando en un paro, que implica precisamente dejar de trabajar, estando obligado a ello.

"Al tenor de los artículos 12 del Decreto 2400 de 1968, y 105 del Decreto 1950 de 1973, la destitución implica la cesación definitiva en el ejercicio de funciones públicas. Luego, no se podía aplicar esta medida estando vigente la sanción de suspensión que implica, igualmente, la cesación, aunque temporal, en el ejercicio de tal clase de funciones. En

otros términos, si la relación de trabajo estaba suspendida, mal podía el Ministerio darla por terminada.

"Los artículos 133 a 136 del Decreto 1950 de 1973 fueron transgredidos porque ni con anterioridad a la expedición del acto demandado ni en éste, se hizo la calificación de la presunta falta cometida, como lo ordena la primera de estas normas, ni se hizo una evaluación de las pruebas que debieron ser producidas para comprobar la infracción, con el fin de establecer las circunstancias que según el artículo 134 *ibidem*, sirven para determinar su naturaleza.

"Ni en la Comisión de Personal ni en la resolución demandada se hizo evaluación alguna de las circunstancias atenuantes o agravantes a que se refieren los artículos 135 y 136 citados, que permitieron dosificar la sanción según los artículos 139 a 141 del referido Decreto, y conocer de que elementos de juicio se valió el Ministerio para graduar la sanción de destitución impuesta a mi representado.

"Por idénticas razones, resultan violados los artículos 157 a 161 del Decreto 1950 de 1973, en cuanto exigen que en los procesos disciplinarios las pruebas se aprecien según las reglas de la sana crítica y que toda sanción disciplinaria requiere providencia motivada.

"Al no expresarse los criterios que se siguieron para graduar la sanción se incurrió en un subjetivismo arbitrario, porque como se justifica la imposición de una sanción de destitución y no una diferente, como la de amonestación, multa o suspensión si no se observan las reglas que señalan los artículos 133 a 136 del Decreto 1950 de 1973 y 139 a 141 de la misma obra.

"La violación de las normas citadas se manifiesta porque de su contexto se deduce, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la administración tiene una competencia reglada y no discresional cuando hace uso de su poder disciplinario. Tanto es así que el artículo 125 del Decreto 1950 de 1973, dice: *"El retiro del servicio por destitución, sólo es procedente como sanción disciplinaria y con la plena observancia del procedimiento señalado en el título sexto del presente Decreto'*. La invocación del artículo 1º del Decreto 2492 de 1975, como fundamento legal de la destitución, no es procedente porque la regla contenida en su literal b), no puede servir de sustento para su destitución, toda vez que si mi mandante participó en el paro, lo cual no está comprobado, ya fue sancionado por este hecho, con la suspensión en el ejercicio de sus funciones.

"Finalmente se violaron los artículos 115 del Código de Procedimiento Penal, aplicable analógicamente conforme al artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, y 24 del Decreto 2733 de 1959, porque al haberse sancionado al demandante con la suspensión en el ejercicio de sus funciones no podía la administración sancionarlo otra vez por la misma falta (art. 115 del C. de P. P.), o en otros términos, volver a decidir sobre la misma situación jurídica que ya había definido (art. 24, Decreto 2733 de 1959), porque ello implica una revocatoria del primer acto, que no ha sido consentida por mi representado" (fls. 17 a 19 del expediente).

En el fallo en que denegó las súplicas de la demanda, el Tribunal hizo los siguientes razonamientos:

"Respecto a la participación en política partidista dice la demanda que el hecho de que el demandante hubiese inscrito su nombre como aspirante al Concejo Distrital de Bogotá no configura violación a la prohibición establecida en el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, y además que al estar suspendido en el cargo se produjo vacancia temporal del mismo, situación que no le obligaba al cumplimiento de los derechos, deberes y prohibiciones establecidos en la norma en cita.

"No está de acuerdo la Sección con el razonamiento anterior, pues el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 es claro en cuanto prohíbe a los funcionarios públicos, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio, desarrollar actividades de partido, entre las cuales cita el 'aceptar la designación o formar parte de directorios y comités de partidos políticos aun cuando no se ejerzan las funciones correspondientes', lo cual se evidenció plenamente en el juicio. En efecto, al folio 30 del cuaderno principal los Registradores Distritales del Estado Civil, con fecha 15 de enero de 1982 enviaron constancia que dice:

" 'Que revisadas las Actas de Inscripción para el Concejo de Bogotá período 1980 - 1982, que reposan en el archivo de esta Registraduría, aparece inscrita bajo el Acta número 2 del 31 de enero de 1980, la lista por el Movimiento «Fuerza Popular» que encabeza el señor Alfredo Julio Morales Guerrero, en la cual figura como Principal en el Segundo renglón, el señor Edgar Alvarado Arias, quien aceptó'.

"El Acta a que se refiere la anterior certificación consta en fotocopia a folios 38 a 41 del cuaderno de antecedentes administrativos y en ella aparece la lista de los aspirantes a la Corporación Popular, entre quienes está el demandante, con las respectivas firmas y documentos de identificación y con la advertencia de que prestaron juramento de pertenecer al movimiento 'Fuerza Popular' por el cual se inscribió la lista para Concejales por el Municipio de Bogotá, para el período 1980 - 1982.

"La prueba anterior dice muy claro que el actor por el hecho de haber aceptado la inclusión en lista de candidatos para el Concejo de Bogotá, a lo que siguió la respectiva inscripción con el consiguiente juramento, se adecuó a la conducta prevista en la norma del artículo 10 del Decreto 2400, quebrantando así la prohibición allí contenida, ya que de acuerdo con tal mandato la simple aceptación de la designación como aspirante a corporaciones de elección popular, aunque no se ejerza la función, está señalada por la ley como actividad partidista, razón suficiente para negar tal súplica.

"De otro lado tampoco es de recibo la afirmación consistente en que por estar el interesado suspendido en el ejercicio del cargo, no le obligaba la prohibición comentada, por cuanto aún en tal situación como ocurre también en las licencias ordinarias sin remuneración, el servidor público conserva la calidad de empleado oficial por tratarse de un aspecto transitorio, cumplido lo cual continúa normalmente en ejercicio de sus funciones.

"Sobre esto la legislación no admite dudas en cuanto a que sólo por las causales pertinentes previstas en el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973, es que se produce la separación definitiva del servicio, entre las cuales no cuenta la suspensión en el cargo; luego, el funcionario suspendido sigue sujeto a las prohibiciones legales, como la debatida.

"Tampoco encuentra el Tribunal violación alguna a la ley por lo que dice el demandante que fue sancionado dos veces por los mismos hechos, o sea por supuesta transgresión del principio *non bis in idem*, por cuanto de conformidad con algunos informes de no haberse presentado a laborar cuando le correspondía dio origen a la suspensión de 12 meses que le fue impuesta por Resolución número 07644 de octubre 17 de 1979.

"No obstante proferida la anterior decisión, como el demandante insistió en no laborar y se presentaba a las oficinas de la entidad con el único fin de entorpecer las labores invitando a otros empleados a participar en el cese de actividades (fls. 16 y 27 del cuaderno administrativo), a más de la incursión en política, dio motivo para que se iniciara investigación disciplinaria que trajo como resultado la destitución contenida en el acto aquí demandado.

"La actuación así cumplida se ajusta a la legalidad ya que el inciso 2º del artículo 141 del Decreto 1950 de 1973 faculta al nominador para destituir, si es el caso, cuando se trata de faltas graves o de reincidencia en faltas leves, De todos modos la Sala deja bien claro que ateniéndose a las fechas, está debidamente comprobado la incursión del actor en hechos o faltas que motivaron la suspensión, y posteriormente, por persistencia en las mismas e incursión en nuevas —como la intervención en política— se procedió a la destitución, sin que tal proceder implique violación al principio antes enunciado.

'Por último, en cuanto a la supuesta omisión del debido proceso y que la sanción no obedeció a razones de buen servicio 'sino al deseo inconfesado de sancionar' por la participación en el paro, tampoco tuvo evidencia en el proceso, ya que en el cuaderno de diligencias administrativas consta que al demandante se le corrió traslado de cargos, lo cual le fue entregado personalmente poniéndose a su disposición el expediente y por lo cual rindió descargos que no lograron desvirtuar las acusaciones obrantes en su contra. De igual modo obra en el mismo cuaderno el concepto del investigador y si bien no se trajo el acta correspondiente a la comisión de personal, no hay duda de que el concepto de tal comisión se produjo ya que tanto la demanda como el acto acusado se refieren a ella (fls. 11 a 12 del cuaderno principal), todo lo cual no deja duda que al actor se le rodeó de las garantías procesales, respetándose su derecho de defensa.

"Conclúyese de lo anterior que no hubo ni la expedición irregular del acto ni el supuesto abuso y desvio de poder alegados, adecuándose, por el contrario, la decisión acusada a derecho, lo que lleva a la desestimación de las súplicas de la demanda, como se ordenará en lo resolutivo de esta providencia" (fls. 5 a 9).

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del demandante.

Como el proceso fue destruido durante los trágicos hechos del 6 y el 7 de noviembre de 1985, fue necesario reconstruirlo, a petición de parte (fls. 24, 25, 38 y 39).

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la anulen, se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

Las objeciones que el apoderado del demandante hizo al acto administrativo causado estriban esencialmente en que el señor Edgar Alvarado Arias se encontraba inscrito en la carrera administrativa, no se cumplieron las formalidades procedimentales exigidas por la ley para imponer la sanción, que no obedeció a una previa evaluación de hechos y pruebas que permitiera dosificarla; los hechos en que se fundamenta dicha providencia no corresponden a la realidad, además, no está probado que el demandante hubiera ejecutado actividades que según el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 constituyen participación en política. Según el apoderado del actor, lo que se hizo fue sancionar por segunda vez, ilegalmente, una supuesta participación en el paro realizado por empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; además, no se podía hacer cesar definitivamente al funcionario mientras estuviera suspendido en el ejercicio de su cargo. Finalmente, sostiene que estando su poderdante suspendido en el ejercicio de sus funciones, quedaron para él "igualmente suspendidos los derechos, deberes y prohibiciones que para los empleados consagran los artículos 6º, 7º, 9º y 10" del Decreto 2400 de 1968.

Para el Tribunal, en cambio, con la certificación expedida por los Registradores Distritales del Estado Civil, según la cual el actor figuró como principal en el segundo renglón de la lista del Movimiento "Fuerza Popular" y aceptó su postulación, y con fotocopia del acta de inscripción para el Concejo de Bogotá, en la que aparece la respectiva lista de aspirantes, con el nombre, juramento y firma del demandante, está demostrada su participación en política. Considera también que el funcionario suspendido en el ejercicio del cargo "conserva su calidad de empleado oficial" y "sigue sujeto a las prohibiciones legales". Igualmente estimó probados hechos posteriores a la sanción de suspensión consistentes en "entorpecer las labores invitando a otros empleados a participar en el cese de actividades". Por último afirma que el procedimiento disciplinario se adelantó con sujeción a la ley.

En el escrito visible a folios 21 a 23 del expediente el apoderado del actor insiste en que la actividad desarrollada por su representado no está contemplada en las prohibiciones del artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 y a pesar de las pruebas en que se fundamenta el fallo del *a quo*, según las cuales aceptó su postulación y juró pertenecer al Movimiento "Fuerza Popular", alega que en la actuación administrativa aparece acreditado el hecho de la inscripción, *"aunque no existe constancia de que hubiese aceptado su designación"* (el subrayado es del texto). Persiste también el apoderado del actor en considerar que el procedimiento disciplinario fue adelantado en forma irregular y afirma que el Tribunal no reparó en su reclamo consistente en que no existe en la Resolución demandada ni en documento anterior motivación "sobre la manera como se llegó a la conclusión de destitución que se impuso".

Finalmente manifiesta que "no se valoró por el Tribunal la circunstancia atenuante, consistente en el *error esencial de hecho* que sufrió el demandante al considerar que debido a que se encontraba suspendido en ejercicio de sus funciones y por consiguiente sin obligaciones y derechos laborales, bien podía ser candidato a ser elegido para un cuerpo administrativo". Lo anterior equivale a decir, en oposición a las tesis anteriormente sostenidas, que el actor sí cometió la falta que se le imputó de haber participado en política, pero se equivocó al creer que podía hacerlo (el subrayado es del texto).

Comparte la Sala las apreciaciones del Tribunal en cuanto considera que el procedimiento disciplinario fue conducido en debida forma y que existen fundamentos de hecho y de derecho que sostienen la legalidad de la providencia administrativa acusada, de suyo amparada por la presunción de que está ajustada a las correspondientes normas legales y reglamentarias, la cual no puede ser desvirtuada sino mediante una incontrovertible demostración de su ilegalidad.

Significa lo anterior que la Sala discrepa de las afirmaciones y opiniones del apoderado del actor, que no coinciden con la realidad probatoria ni con el sistema jurídico colombiano que regula la situación de los empleados públicos, estén o no en servicio activo, y señalan su posición frente a las actvidades y controversias políticas.

No le cabe duda a la Sala de que el procedimiento administrativo que culminó con la destitución del actor, mediante providencia debidamente motivada, se sujetó esencialmente a las disposiciones legales y reglamentarias que lo gobiernan y que tienden a asegurar ante todo el derecho de defensa. En las fotocopias autenticadas que conforman uno de los dos cuadernos de antecedentes administrativos, aparece no sólo el concepto de la comisión de personal en el cual se sugiere la destitución del demandante y que se le inhabilite por el término de un mes para el ejercicio de cargos públicos, sino también el escrito en que se le formulan cargos y aquél en que hace sus descargos, así mismo el documento electoral que constituyó para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la prueba de la participación del actor en política. Aunque al final del escrito que obra del folio 21 a 23 del expediente el señor apoderado modifica su posición inicial sobre el cargo de participación en política que se hizo a su mandante, conviene recordar, sin necesidad de analizar el artículo 10 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, que existe un texto de superior jerarquía, el artículo 62 de la Constitución Nacional que prohíbe a los empleados de la carrera administrativa "tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio". Según el mismo precepto, "el quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta".

Téngase en cuenta que el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, al mencionar "actividades partidarias", no está recortando el campo de aplicación del citado texto constitucional cuando se refiere a "actividades de los partidos" y a "controversias políticas".

Como bien lo dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 1º de marzo de 1984, al interpretar la anterior disposición constitucional, "no hay debate electoral que no implique intervención en política". Lo cierto es que aunque se trate de la elección para un cuerpo

administrativo como es el Concejo Distrital de Bogotá, el proceso electoral implica una controversia política y exige actividades de índole partidaria.

De suerte que el actor violó el artículo 62 de la Constitución Nacional e incurrió en causal de mala conducta, como lo establece la misma norma constitucional.

Y en cuanto a la situación en que se encontraba el demandante cuando realizó actividades políticas, cabe anotar que el texto constitucional habla de "empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa", sin diferenciar entre los que se encuentran en servicio activo y quienes están suspendidos en el ejercicio de sus funciones. El actor por hallarse en esta última situación no estaba retirado de la carrera administrativa como tampoco despojado de su investidura de empleado público. La suspensión en el ejercicio del cargo, por encontrarse el empleado público en goce de una licencia o de unas vacaciones o cumpliendo una sanción, no acarrea la suspensión de su condición de empleado público. En esa situación se mantiene el régimen de las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades *anexas a esa calidad,* es decir, que afectan a una persona no porque está en servicio activo sino porque es empleado público. De lo contrario, les sería posible a los empleados públicos que transitoriamente no estén ejerciendo las funciones de su cargo, realizar actividades que les están prohibidas en diversos campos, como el político, el contractual y el profesional, especialmente el de la abogacía. En un caso semejante relacionado con otro empleado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo nombre figuró en una lista inscrita para el Concejo Municipal de Cúcuta, para el período 1980-1982, dijo la Sala, al acoger el concepto de la señora Fiscal Quinto de la Corporación, en sentencia de fecha 17 de agosto de 1984:

"Tiene razón el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, pues ciertamente la suspensión en el ejercicio de las correspondientes funciones no implica que quien se encuentra en esa situación transitoria haya dejado de ser empleado público. Las normas que establecen la prohibición de participar en controversias políticas o intervenir en actividades partidarias no se refieren exclusivamente a los empleados públicos que estén en ejercicio de sus cargos sino a quienes tenga tal calidad, que no se pierde por el hecho de no estar desempeñando las respectivas funciones.

"Mientras cumplía la sanción, el actor siguió siendo empleado de la carrera administrativa, pues la resolución que lo suspendió en el ejercicio del cargo no le quitó, como no podía hacerlo, dicho carácter.

"El artículo 62 de la Constitución Nacional, modificado por el artículo 6º del Plebiscito de 1957, no se refiere a quienes están en el ejercicio del cargo, sino que cobija con la prohibición a todo empleado público que pertenezca a la carrera administrativa, al decir: A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias política, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio" (Actor: Carlos Arturo Andrade Fajardo. Consejero ponente: Joaquín Vanín Tello. *Anales del Consejo de Estado,* Segundo Semestre de 1984. Págs. 236 y 237).

En lo que concierne al alegado error del actor como atenuante y a la falta de dosificación del correctivo disciplinario, precisa recordar que la ignorancia de la ley —que de eso se trataría— no sirve de excusa y que fue la gravedad de la falta la que determinó la drasticidad de la sanción. Esta no podía ser más leve para quien incurrió en repetidas y graves violaciones de la ley y faltas a sus deberes como empleado público.

Al respecto cabe anotar que no hubo doble sanción por la misma falta sino que además de la participación en política, que hubiera sido suficiente motivo para la destitución, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tuvo en cuenta hechos posteriores a la providencia que suspendió al demandante en el ejercicio de su empleo, como fue su participación, como *activista*, en el paro que continuaban realizando empleados de dicho organismo a quienes instigó a mantener la cesación ilegal de actividades.

Finalmente, observa la Sala que el hecho de que un funcionario esté suspendido en el ejercicio de sus funciones en virtud de la sanción que le fue impuesta, no constituye impedimento para destituirlo si incurre en una falta que lo justifique. La sanción de suspensión no crea para el funcionario el derecho de violar impúnemente la ley; no establece en beneficio suyo el privilegio de la inmunidad.

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 Cundinamarca, el 11 de febrero de 1983.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribuna de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de enero de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

MEDIOS DE COMUNICACION. TRANSMISIONES RADIALES (arts. 3º y 16 de la Ley 74 de 1966). VIGILANCIA E INSPECCION DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSION.—

El artículo 3º no constituye otra cosa que una reiteración de las disposiciones del Código Penal que erigen en DELITO todo ATAQUE A LA VIDA, HONRA Y BIENES DE LAS PERSONAS y cuando el artículo 16 ibídem, *que otorga al MINISTERIO DE COMUNICACIONES la vigilancia e inspección de los servicios de radiodifusión, su alcance es exclusivamente administrativo y no jurisdiccional.*

AUTORIDADES DE LA REPUBLICA. ¿PARA QUE ESTAN INSTITUIDAS? (Arts. 16 y 30, C. N.).

DERECHO A LA VIDA, HONRA Y BIENES DE LAS PERSONAS.

1º Normas que consagran las GARANTIAS DE INDOLE SUSTANTIVA (C. N.).

2º Normas que consagran la manera de hacer efectivas las anteriores:

NORMAS DE CARACTER PROCEDIMENTAL o adjetivas son las llamadas a establecer las COMPETENCIAS para cada materia especial.

3º ATROPELLO A LA HONRA Y VIDA DE LAS PERSONAS. Jurisdicción de conocimiento justicia penal.

4º ATROPELLO A LOS DERECHOS PATRIMONIALES O BIENES. Genera ilícito penal o perjuicio meramente privado, siendo este último evento de conocimiento de la JURISDICCION CIVIL.

DERECHOS DE CONTENIDO NETAMENTE PRIVADO.

1º Jurisdicción de conocimiento.

2º No puede en ningún caso y bajo ningún pretexto exigirse que sea una AUTORIDAD DEL ORDEN ADMINISTRATIVO la encargada de poner fin a un enfrentamiento entre personas respecto a un derecho de contenido netamente privado. RAMAS DEL PODER PUBLICO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyecto: Doctor *Nelson Zuluaga Ramírez,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 083. Actor: Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A.

La sociedad "Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A.", solicitó a través de apoderado, que "con citación y audiencia del agente del Ministerio Público y notificación al Ministro de Comunicaciones, en sentencia definitiva se ordene:

"1º Es nulo el acto administrativo expedido por el Ministerio de Comunicaciones y contenido en la carta del 15 de julio de 1983 suscrita por el Exministro Bernardo Ramírez R., en cuanto niega que tenga competencia para impedir transmisiones que atenten contra la Constitución y los bienes de los ciudadanos.

"2º El Ministerio de Comunicaciones está obligado a ejercer vigilancia e inspección de los servicios de radiodifusión sonora, entre otros fines, para impedir transmisiones que atenten contra la Constitución, la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

"3º El Ministerio de Comunicaciones tiene competencia para investigar y sancionar a las emisoras que infrinjan las leyes y reglamentos que regulan la radiodifusión especialmente en cuanto atenten contra la vida, honra y bienes de los ciudadanos".

El acto acusado:

Mediante Oficio número 1194 de 15 de julio de 1983, el Ministro de Comunicaciones dio respuesta a una carta fechada el cinco del mismo mes y dirigida por el señor Gerente de "Caracol Primera Cadena Radial Colombiana". El acto en cuestión es del siguiente tenor:

"El Ministerio de Comunicaciones carece de competencia para pronunciarse sobre el expresado conflicto que existe entre la entidad que usted representa y Radio Cadena Nacional, por cuanto no existe respaldo legal alguno que le (sic) lo atribuya.

"Es claro que si bien el Ministerio tiene a su cargo el 'control del funcionamiento' respecto a las entidades a las cuales les ha concedido el derecho de prestar uno de los servicios de las telecomunicaciones cual es el de transmisiones por radio, se le escapan las controversias que puedan surgir entre las entidades concesionarias de dichos servicios.

"Considero pertinente observar que el sistema de las comunicaciones se sienta sobre la base de que este es un servicio público a cargo del Estado quien lo prestará directamente sin perjuicio de las concesiones que pueda hacer a personas naturales o jurídicas. Por lo tanto, la prestación del servicio de radio como parte del sistema de las telecomunicaciones, es un servicio público a cargo del Estado que se presta mediante concesiones a los particulares. Estos adquieren compromisos con el Estado, pero sus diferencias o propósitos de la concesión no incumben a las autoridades administrativas.

"En Colombia, en virtud de la reglamentación contenida principalmente en el Decreto 3418 y en el nuevo estatuto (Decreto 222 de 1983 que reitera los principios medulares del régimen jurídico de las telecomunicaciones), todas las entidades que cumplan los requisitos exigidos para la prestación del servicio, compiten en igualdad de condiciones, conforme a la autorización legalizada, y sus derechos subsisten en tanto cada una de las entidades satisfaga el fin primordial de difundir la cultura y cumplir con el carácter informativo de las trans-

misiones por radio. Es así como el Ministerio no puede negar arbitrariamente a las personas concesionarias los derechos a que éstas han adquirido como consecuencia de actos jurídicos válidamente celebrados ante la Administración.

"Bien conocido y enunciado por usted como representante legal de Caracol, es el precepto constitucional de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a los ciudadanos residentes en Colombia en su vida, honra y bienes; pero debe entenderse por 'autoridades' que las hay en el orden administrativo, legislativo y jurisdiccional. En el caso que nos asiste me atrevo a concluir que es de competencia de estas últimas mas no de las autoridades administrativas, cuyas funciones se circunscriben a celebrar legalmente contratos de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión (según el Decreto 222 de 1983) y a ejercer el control debido en aras a la realización del objeto estipulado (primordialmente de la cláusula de la finalidad prevista por el artículo 208 del estatuto citado).

"Las controversias que surjan sobre derechos o sobre la forma de ejercerlos como consecuencia de actos jurídico privados, competen a los órganos jurisdiccionales ordinarios. Las funciones del Ministerio de Comunicaciones en este aspecto, consisten en 'orientar, plantear, contratar y registrar los servicios de las telecomunicaciones' (Decreto 129 de 1976) pero no en dirimir conflictos de carácter privado".

La demanda:

Refiere el demandante que en mayo de 1983 suscribió un contrato con la sociedad Tour de France, por el cual ésta otorgó derecho exclusivo a Caracol para la transmisión en directo del desarrollo de las etapas "Tour de France 1983" del 1º al 24 de julio de 1983. Que al iniciarse el citado "tour" Radio Cadena Nacional empezó la transmisión de la competencia desde territorio francés, enterado de lo cual la sociedad Tour de France impidió que lo continuara haciendo, mas a pesar de esto "Radio Cadena Nacional" "instaló en Colombia equipos en que se tomaba la transmisión que estaba haciendo Caracol para radiodifundirla sin el consentimiento de aquella que era quien había contratado exclusivamente esta transmisión". En vista de lo anterior, el Gerente de "Caracol" dirigió una carta el 5 de julio de 1983 al Ministro de Comunicaciones solicitándole "protección de los derechos adquiridos por la sociedad gerenciada por él", habiendo dado respuesta el señor Ministro en el ya transcrito Oficio número 1194 de julio 15 del mismo año, comunicación de la cual se deduce que "el Ministerio de Comunicaciones niega tener competencia para prestar el amparo a su derecho solicitado por la sociedad Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A.".

Como normas violadas, se citan los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional; 3º, 4º, 5º, 16 y 17 de la Ley 74 de 1966; y 29, 71, 85 y 86 del Decreto 2085 de 1975; y 635 y 664 del Código Civil.

Al hacer el desarrollo del concepto de la violación, anota en primer término, que el artículo 3º de la Ley 74 de 1966 ordena: "Por los servicios de radiodifusión no podrán hacerse transmisiones que atenten contra la Constitución y las leyes de la República o la vida, honra y *bienes* de los ciudadanos" (subraya el actor), principio que, con ligeras

modificaciones de redacción, es repetido por el artículo 25 del Decreto 2085 de 1975. Agrega que cuando el artículo 16 de la Constitución Nacional ordena la protección de los bienes de las personas residentes en Colombia y los artículos 3º de la Ley 74 de 1968 y 25 del Decreto 2085 de 1975 impiden las emisiones que atenten contra los bienes de los ciudadanos, la palabra "bienes" comprende, al tenor de los artículos 635 y 664 del Código Civil, "los corporales y los incorporales siendo, estos últimos, derechos reales o personales". Que por consiguiente, cuando se hacen transmisiones que atenten contra los bienes de los ciudadanos, la protección a que alude el artículo 16 de la Constitución Nacional se atribuye al Ministerio de Comunicaciones, tal como lo ordena el artículo 16 de la Ley 74 de 1966 cuando dispone: "La vigilancia e inspección de los servicios de radiodifusión competen al Gobierno, el cual la ejercerá por conductos del Ministerio de Comunicaciones y con la asesoría del Consejo Nacional de Radiodifusión que se creó por la presente ley". Dice más adelante, que quien haga una interferencia o hace transmisiones sin consentimiento del adquirente del derecho viola el artículo 30 de la Constitución Nacional, que garantiza "la propiedad privada y demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas", y ese derecho "debe ser amparado por el Ministerio de Comunicaciones". Añade que los artículos 17 de la Ley 74 de 1966 y 85 del Decreto 2085 se refieren a la responsabilidad por las infracciones que cometan los directores de los programas, infracciones que pueden ser de índole reglamentaria, penal o civil, sobre lo cual no hace distinciones la ley, prevaleciendo aquí un criterio policivo: "Sancionar administrativamente a quien ha incurrido en la violación cualquiera que sea su alcance jurídico".

Impugnación de la demanda:

Se constituyó en parte impugnadora la señora Ministra de Comunicaciones por medio de apoderada, consignando su oposición en escrito presentado el 21 de mayo de 1985, visible a folios 54 y siguientes, del cual cabe destacar los siguientes apartes:

Es falso que haya violado los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional, pues si bien es cierto que el artículo 16 atribuye a las autoridades de la República la protección de la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia, el acto acusado no infringe dicho artículo, por cuanto no es a la administración. Poder Ejecutivo a quien corresponde dirimir conflictos surgidos de un "contrato privado", en el cual en ningún momento formó parte de administración y solamente cuando el actor sintió lesionado los de monopolios o exclusividad negociados en dicho negocio jurídico por su naturaleza, no es del ámbito administrativo, sino de la jurisdicción ordinaria, lo que demuestra que la administración tampoco violó el artículo 30 de la Constitución Nacional por cuanto una de sus funciones es la de orientar, planear y controlar y registrar los servicios de telecomunicaciones y el caso que nos ocupa no se enmarca dentro de esa función.

"Es cierto que corresponde al Estado garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, pero dicha función la cumple el Estado a través de las Ramas del Poder Público, de conformidad a las reglas de competencia preestablecidas en la norma constitucional.

"Ahora bien, en el caso que nos ocupa es a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, más concretamente a la jurisdicción ordinaria a la que corresponde proteger los derechos adquiridos a través del contrato en mención.

"b) De ninguna manera se han violado los artículos 3º, 4º, 5º 16, y 17 de la Ley 74 de 1966, y 25,, 71, 85 y 86 del Decreto 2089 de 1975, por cuanto el Acto Administrativo acusado, es inconexo con el control que debe ejercer el Ministerio de Comunicaciones a fin de que las concesiones de telecomunicaciones debidamente autorizadas no sean interferidas ni caucen interferencias, ni contravengan lo dispuesto en el Estatuto de Radiodifusión y el caso en cuestión no corresponde a este tipo de concesiones, sino a una negociación eminentemente privada, celebrada entre un concesionario y un tercero".

Concepto fiscal:

Coincidiendo con la posición asumida por la parte impugnadora, algunos de cuyos conceptos transcribe, concluye el colaborador fiscal que deben negarse las pretensiones de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

Como ya se ha dicho, el acto acusado está contenido en un escrito del señor Ministro de Comunicaciones mediante el cual éste decidió una situación individual y concreta que se le planteaba, a saber el derecho exclusivo que alegaba "Caracol" para transmitir un evento deportivo que se realizaba en territorio francés, derecho que la demandante pretende le ha sido vulnerado por "Radio Cadena Nacional" por el hecho de haber radiodifundido la transmisión que efectuaba "Caracol" en los términos del contrato celebrado con la sociedad "Tour de France".

Es decir, que el acto que se demanda no es de contenido general y abstracto como parece en ocasiones entenderlo el actor, según los términos en que está concebido el *petitum* y como lo reafirma en su alegato de conclusión, a folio 38, al decir que "lo que se busca es una jurisprudencia del Consejo de Estado que defina si al Ministerio de Comunicaciones se le atribuye competencia para investigar y sancionar, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal, los delitos, las contravenciones y las perturbaciones de derechos civiles o administrativos en que incurran los titulares de las emisoras o de los programas y ordenar las correspondientes sanciones". Por el contrario, lo que se trata de determinar en este proceso es si, frente al conflicto de intereses suscitado entre "Caracol" y "Radio Cadena Nacional", podía el Ministerio de Comunicaciones entrar a definir de parte de quien estaba el derecho y, en tal evento, disponer las reparaciones o correctivos necesarios. De paso debe anotarse que no se sabe a ciencia cierta qué medida concreta demandaba "Caracol" del Ministerio, pues no acompañó copia del escrito de 5 de julio de 1983 que menciona en el libelo, en el cual se limita a decir que pidió "protección de los derechos".

Establecida ya la finalidad de la presente litis, se tiene que las normas que básicamente sustentan la acción incoada son el artículo 3º de la Ley 74 de 1966 que prohíbe las transmisiones radiales que atenten

contra "la vida, honra y bienes de los ciudadanos" y el artículo 16 *ibídem* que encomienda al Ministerio de Comunicaciones "la vigilancia e inspección de los servicios de radiodifusión". Con fundamento en estas disposiciones y remontándose a los principios fundamentales contenidos en los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional, según los cuales "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes" y "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles", la parte actora recaba la intervención o pronunciamiento del Ministerio de Comunicaciones frente a la controversia planteada entre ella y Radio Cadena Nacional.

Es claro que cuando las normas constitucionales y legales prohíben toda actividad que menoscabe los derechos a la vida, honra y bienes de las personas y sienta el principio fundamental de que las autoridades deben atender primordialmente a la protección de esos derechos sagrados, están únicamente consagrando garantías de índole sustantiva, sin que en ellas se vislumbre ninguna regla en torno a la manera de hacer efectivas en concreto, dichas garantías. Son las normas de carácter procedimental o adjetivo las llamadas a establecer las competencias para cada materia especial, dentro del principio medular de la división de las Ramas del Poder Público. Así, todo atropello a la honra y vida de las personas pondrá en marcha el aparato estatal a través de su Organo Jurisdiccional y más concretamente de la justicia penal. Y toda lesión a los derechos patrimoniales o bienes generará un ilícito penal o un perjuicio meramente privado, siendo en este último evento la jurisdiccion civil la encargada de dirimir la controversia creada entre los particulares.

Es en todo caso la justicia civil la facultada por la ley para desatar toda pugna que se suscite entre las partes en torno a un interés de contenido patrimonial, y de allí que el Código de Procedimiento Civil haya previsto las diversas clases de procedimiento (ejecutivo, ordinario, abreviado, etc.), según las características del derecho discutido. Y el artículo 7º de la citada codificación preceptúa sin lugar a equívocos que la administración de justicia en el ramo civil será ejercida únicamente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, las Salas Civiles de los Tribunales Superiores, los jueces de circuito, municipales, territoriales y de menores.

No puede pues en ningún caso y bajo ningún pretexto exigirse que sea una autoridad del orden administrativo la encargada de poner fin a un enfrentamiento entre personas respecto a un derecho de contenido netamente privado.

Como la pugna entre "Caracol" y Radio Cadena Nacional debe resolverse, según lo pretende la primera, haciendo prevalecer los derechos que estima, le asisten por obra de un contrato celebrado con una sociedad extranjera, es a la justicia civil, a través del competente juez o tribunal, a la que compete determinar en derecho a quién asiste la razón y en qué forma se restablece el posible bien de contenido patrimonial quebrantado.

Las disposiciones de la Ley 74 de 1966 que invoca el actor no tiene por consiguiente el alcance que aquél les atribuye. El artículo 3º no

constituye otra cosa que una reiteración de las disposiciones del Código Penal que erigen en delito todo ataque a la vida, honra y bienes de las personas. Y en cuanto al artículo 16 *ibídem*, que otorga al Ministerio de Comunicaciones la vigilancia e inspección de los servicios de radiodifusión, su alcance es exclusivamente administrativo y no jurisdiccional como lo estima el demandante al pretender que con fundamento en esta norma el Ministerio intervenga para solucionar litigios de orden patrimonial, derivados de relaciones contractuales, entre dos cadenas radiales. Como acertadamente lo advierte la parte impugnadora, en virtud de la norma en cuestión, el Ministerio de Comunicaciones no puede hacer cosa distinta a "orientar, planear, controlar y registrar los servicios de comunicaciones".

Como de las precedentes consideraciones se deduce en forma inconcusa que carece de todo fundamento jurídico la acción de nulidad incoada, así se decidirá, acogiéndose a los planteamientos tanto de la parte impugnadora como del colaborador fiscal.

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:

Nieganse las súplicas de la demanda.

Se hace constar que la sentencia anterior fue discutida y aprobada en reunión celebrada por la Sección Primera el día 27 de febrero de 1987.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DOCENTES. DEMANDA. RECLASIFICACION EN EL ESCALAFON. DICHA PETICION NO ES CUANTIFICABLE.—

La competencia para conocer de tal asunto, según el antiguo y el nuevo Código Contencioso Administrativo, corresponde al Consejo de Estado en única instancia (art. 34, ordinal 10, Ley 167 de 1941 y art. 128, ordinal 3º del Decreto 01 de 1984).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 68. Actora: Bertha Tulia Castaño Cardona. Autoridades Nacionales.

Se interpone el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 5 de agosto de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución número 026 de 4 de febrero de 1983, expedida por la Junta Seccional de Escalafón Docente de Antioquia, por la cual fue ascendida Bertha Tulia Castaño Cardona en el escalafón, en lo referente a tomarse el 19 de diciembre de 1982 para el próximo ascenso, y como consecuencia de dicha nulidad se le ordenó a la referida Junta que para efectos del posterior ascenso tenga en cuenta el alcance del artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, valorando los requisitos no utilizados por la accionante.

Habiéndose surtido el trámite correspondiente y correspondido a la Fiscalía Quinta de la Corporación rendir concepto de fondo, ésta solicita que se declare la nulidad de toda la actuación, puesto que a su consideración el asunto debatido no era de conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia en primera instancia, sino por el contrario del Consejo de Estado en única instancia.

Se considera:

Realmente la Sala nada tiene que agregar a las consideraciones dadas por su colaboradora fiscal, y por ende acoge en su integridad los siguientes planteamientos:

"Se solicitó en la demanda declarar nula la Resolución número 026 de 4 de febrero de 1983, expedida por la Junta Seccional de Escalafón Docente de Antioquia, mediante la cual la demandante, señora Bertha Tulia Castaño de Deossa, fue ascendida en el esca-

lafón; en cuanto determina ese mismo acto, que la fecha para el próximo ascenso será a partir del 19 de diciembre de 1982.

"Como restablecimiento del derecho pidió al Tribunal disponer que la fecha para el próximo ascenso se cuente a partir del 28 de marzo de 1972, o en su defecto, que le 'queden en su favor, para efectos de posterior ascenso, al 19 de diciembre de 1982, un total de diez años, ocho meses y veintiún días (10 años, 8 meses y 21 días)'. Como puede observarse fácilmente, dichas peticiones no pueden ser cuantificadas en dinero.

"Un grado más en el escalafón, o el poderlo obtener en un menor tiempo, representa a la postre una mejor remuneración pero ello es consecuencial a su obtención misma, la cual no es cuantificable.

"Por otra parte, es claro para la Fiscalía que las Juntas Seccionales del Escalafón son dependencias del Ministerio de Educación Nacional y como tal, deben considerarse autoridades nacionales.

"Siguiendo este orden de ideas la competencia para conocer del asunto, según el antiguo y el nuevo Código Contencioso Administrativo, corresponde al honorable Consejo de Estado en única instancia (art. 34, ordinal 10, Ley 167 de 1941 y art. 128, ordinal 3º del nuevo C. C. A., Decreto 01 de 1984).

"Así lo ha sostenido repetidamente este Despacho cuando lo que pretenden los demandantes es una reclasificación en el escalafón docente, o en un menor tiempo".

De lo anterior resulta de manera inequívoca que el Tribunal Administrativo carecía de competencia para conocer de la acción instaurada, que corresponde en única instancia al Consejo de Estado, tanto por la naturaleza del asunto como por carecer de cuantía, según los preceptos legales referidos por la Fiscalía, lo que de suyo acarrea la nulidad de la actuación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Decrétase la nulidad de toda la actuación a partir del auto de fecha 28 de septiembre de 1983, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia (fl. 22).

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día trece (13) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Con salvamento de voto; *Gaspar Caballero Sierra.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

DOCENTES. DEMANDA. RECLASIFICACION EN EL ESCALAFON DOCENTE. CUANTIA.—

Tienen cuantía y por lo tanto, deben tramitarse en los Tribunales aquellos procesos en que aunque no se reclamen reconocimientos estimables en dinero, en fallo favorable implicaría necesariamente un beneficio de esta naturaleza.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Referencia: Expediente número 68. Apelación sentencia. Actor: Bertha Tulia Castaño Cardona.

SALVAMENTO DE VOTO

Aunque respeto el criterio mayoritario e inicialmente tuve la impresión de que debía ser acogido, reflexionando un poco y atendiendo a la congruencia exigida por una actitud anterior debidamente meditada, me veo en la necesidad de disentir de la decisión adoptada en este proceso por la Sección Segunda de esta Corporación, basado en las consideraciones que me permito exponer a continuación y que son, en sustancia, las que, en casos anteriores, me han movido a este convencimiento.

En un caso similar al *sub lite*, este Despacho se pronunció en los siguientes términos:

"Ocasión ha tenido la Sala de puntualizar que 'tienen cuantía y, por lo tanto, deben tramitarse en los Tribunales aquellos procesos en que, aunque no se reclamen reconocimientos estimables en dinero, un fallo favorable implicaría necesariamente un beneficio de esta naturaleza', y que tal es el caso de 'todos aquellos procesos en que se pretende una reclasificación en el escalafón' (Expediente número 1436, Actor: Helena Ramírez Duque, Auto de septiembre 26 de 1986)".

Se dijo en esta misma providencia:

"En el *sub lite* resulta claro de las peticiones formuladas que la reclasificación no se busca por el simple honor de encontrarse el docente en un nivel superior sino, muy particularmente, porque la superior categoría conlleva una mejor remuneración. Por eso, se habla de los 'efectos fiscales', como necesaria consecuencia de la nueva ubicación en el Escalafón".

"Con respecto a la pretensión que se formula en autos, a saber, una declaración judicial sobre la fecha que se le debe tener en cuenta a la demandante para su próximo ascenso en el Escalafón, anterior obviamente a la señalada en el acto acusado, resulta evidente que el pronunciamiento pretendido tiene implicación directa sobre los 'efectos fiscales' pertinentes".

"Que la clasificación en el Escalafón Docente necesariamente surte *efectos fiscales* es fácil deducirlo de específicas normas vigentes, tales como los artículos 21 y 76 del Decreto 2277 de 1979 y 2º (Parágrafo), 21 y 22 del Decreto 259 de 1981. Esta última norma dispone:

"En los términos del anterior artículo, si la documentación es devuelta por incompleta o porque faltare acreditar el curso de capacitación, el término de que se viene tratando sólo empezará a correr en la fecha posterior en que se subsanen las deficiencias observadas por la Oficina de Escalafón. La Resolución que decrete un ascenso dejará expresa constancia de la fecha a partir de la cual se surten *efectos fiscales*, de acuerdo con lo expresado en este artículo".

"No queda, pues, duda alguna de que, pretendiendo la accionante se declare que 'la fecha que se le debe tener en cuenta ... para su próximo ascenso en el Escalafón Nacional Docente es la del 3 de enero de 1982', en lugar de la señalada en el acto acusado (octubre 23 de 1985, con efectos fiscales desde diciembre 12 de 1985), tal propósito se traduce en evidentes ventajas económicas, realmente tangibles, así no se destaquen en la demanda".

"Dadas estas circunstancias, es forzoso disponer, como en efecto se dispone, la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por competencia, para su ulterior tramitación" (Auto de 6 de febrero de 1986, Expediente número 1906. Actor: Ligia Beatriz Díaz Morales).

Poco o nada habría que agregar a este pronunciamiento. Es para el suscrito de meridiana claridad que, si la decisión a que aspira un accionante, le representaría siendo favorable una mejor remuneración o algún beneficio estimable en numerarlo, el proceso tiene cuantía así se diga en la demanda lo contrario.

Las anteriores son, pues, las razones por las cuales me he separado de la decisión, en referencia.

Con el debido respeto,

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

ACTO DE NOMBRAMIENTO. ERROR EN LA DENOMINACION, CLASIFICACION O UBICACION DEL CARGO O EMPLEOS INEXISTENTES (art. 45 del Decreto reglamentario 1950 de 1973).—

Facultad de la autoridad nominadora. INSUBSISTENCIA. ERROR EN LA DENOMINACION EXACTA DEL EMPLEO. No la convierte en IRRITO puesto que con ello no se violan preceptos de superior jerarquía, ni tampoco se genera un perjuicio al funcionario removido.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diez de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 305. Actor: Luis Eduardo Prada Parra. Resoluciones Ministeriales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 8 de febrero de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se despacharon desfavorablemente las peticiones del libelo inicial.

El problema que se debate se contrae a que el demandante se le desvinculó del servicio a través del acto acusado, pero del cargo de profesional universitario 3020-06 de la Sección de Tramitación de la División de Crédito Público Externo de la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, cuando realmente, estima la demanda, se le ha debido desvincular como profesional universitario 3020-06 de la Sección de Estudios Económicos y Financieros, Control de Vigilancia de la División de Crédito Público. Por ello se considera en la demanda que el acto de declaratoria de insubsistencia fue expedido en forma irregular; máxime cuando el artículo 45 del Decreto 1950 de 1973 prevé que la administración puede revocar o derogar una designación cuando haya error en la denominación, clasificación o ubicación del cargo o en empleo inexistente, lo que obligaba en este caso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a revocar, aclarar o modificar la resolución demandada.

El Tribunal en la sentencia objeto del recurso señala que una simple imprecisión en la denominación del cargo dentro de la resolución de insubsistencia, no infiere perjuicio al empleado ni hace nula la decisión administrativa, estando clara la voluntad del nominador de separar del servicio a un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Reconstruido el presente proceso dentro de los lineamientos del Decreto 3825 de 1985, en estado tal de ser fallado en segunda instancia, se procede a ello, cuando por otro lado no se observa defecto alguno procesal que pueda invalidar la actuación.

Consideraciones de la Sala:

Esta bien la previsión que hace el artículo 45 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, cuando señala que la autoridad nominadora podrá o deberá, según el caso, modificar, aclarar, sustituir, revocar o derogar una designación cuando haya error en la denominación, clasificación o ubicación del cargo o en empleos inexistentes, por la muy sencilla circunsancia que se trata de la vinculación al servicio público, que como acto condición coloca a la persona en una situación jurídica prevista de antemano en la ley o reglamento. Situación diferente es cuando se separa al empleado, como en un acto de libre remoción tal como el del caso sujeto a examen judicial, en que un error en la denominación exacta del empleo no lo convierte en irrito, puesto que con ello no se violan preceptos de superior jerarquía, ni tampoco se genera un perjuicio al funcionario removido.

No se trata entonces de una falla o defecto que menoscabe la validez y eficacia del acto mismo, puesto que no se está en presencia de un vicio de la voluntad, ni de un vicio del elemento subjetivo o sujeto, ni a un vicio que afecte a la causa u objeto del acto administrativo. Tampoco, por el error en la denominación del cargo, intrascendente como en el caso *sub júdice*, puede inferirse una irregularidad o vicio de forma que afecte el acto de insubsistencia del nombramiento, puesto que esta categoría de actos administrativos no están sujetos a formalidades ni a requisitos especiales. En ellos lo que interesa es que quede palpable la voluntad de la administración pública de separar o remover del servicio a algún funcionario, si por otro lado su identidad personal no ofrece duda alguna; máxime cuando esa vinculación es única, o sea, cuando no es ni mucho menos posible la doble o múltiple relación de empleo entre el agente y la administración pública.

Por las razones anteriores habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día tres (3) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACUMULACION DE PRETENSIONES. PRETENSION DE NULIDAD Y DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

No es factible a la luz de los artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984, formular las pretensiones en ellas contempladas frente a un mismo acto, pues son entre sí excluyentes.

DETENCION PREVENTIVA.—

En procedimientos de EXTRADICION. ACTO DE TRAMITE Y ACTO DEFINITIVO. Diferencias.

JURISDICCION. Carencia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintinueve de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez R.*

Referencia: Proceso número 607. Actor: *Javier Alvarez Alvarez.*

El señor Javier Alvarez Alvarez, por conducto de apoderado y afirmado ejercitar las acciones que consagran los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, demanda de esta Corporación se hagan los siguientes pronunciamientos:

a) "Es nulo el auto de 25 de marzo del presente año, dictado por el señor Ministro de Justicia en las diligencias de extradición que se adelantan contra el señor Javier Alvarez Alvarez a requerimiento del Gobierno de los Estados Unidos de América, y mediante el cual se denegó la libertad de dicho señor Javier Alvarez Alvarez";

b) "Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad se restablezca plenamente en su derecho al señor Javier Alvarez Alvarez y en cumplimiento del artículo 10, numeral segundo de la Ley 68 de 1986 o tratado de extradición celebrado por Colombia y los Estados Unidos, se ordene ponerlo en inmediata libertad";

c) "Que se ordene al señor Ministro de Justicia dar cumplimiento a la decisión, según lo prevenido en los artículos 173 y 174 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 20 y 21).

Igualmente solicita el actor la suspensión provisional, en prevención, de la decisión impugnada (fls. 32 y 33).

El acto acusado:

El texto íntegro de la decisión de 25 de marzo de 1987 acusada, es del siguiente tenor literal:

"El doctor Servio Tulio Ruiz, abogado con Tarjeta Profesional número 1302, expedida por el Ministerio de Justicia, obrando como apoderado del señor Javier Alvarez Alvarez, ha solicitado que se decrete la libertad incondicional de su representado, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

—Que el Gobierno colombiano solicitó al de los Estados Unidos enviara la norma relacionada con la prescripción de la acción penal o de la pena correspondiente al delito, tal como lo establece el Tratado de Extradición en el numeral 2º del artículo 9º.

—Que el Gobierno del Estado requirente envió el texto de la norma mencionada, pero según el recurrente, olvidó certificar el documento por el agente diplomático o consular de la República de Colombia, tal como lo prevé el artículo 9º, en el litereal a) del numeral 6 del Tratado de Extradición.

—Que de acuerdo con lo anterior, el documento enviado no puede ser tenido como medio de prueba, y por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 10 del Tratado, el señor Javier Alvarez Alvarez debe ser dejado en libertad".

Para resolver, el Ministro considera:

Efectivamente, el Ministerio de Justicia, mediante Oficio número 01353 del 30 de enero del año en curso, solicitó al de los Estados Unidos, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se enviara el texto de la disposición relacionada con la prescripción de la acción penal o de la pena correspondiente al delito; lo anterior, con base en el artículo 744 del Código de Procedimiento Penal, y 10 del Tratado, ya que dicha norma no había sido incluida en la documentación que se anexaba a la petición de extradición del señor Alvarez Alvarez.

El Gobierno de los Estados Unidos, mediante nota verbal número 118 del 17 de febrero del presente año, y dentro del plazo de 20 días que había sido señalado, presentó la norma sobre prescripción, cumpliendo así con la petición que le había sido formulada.

Si bien es cierto, la norma citada fue remitida por vía diplomática, sin que se realizara certificación alguna, debe tenerse en cuenta que la previsión del artículo 9º, numeral 6º, literal a), ya había sido cumplida, pues la documentación que sirvió para formalizar la extradición del señor Alvarez Alvarez fue avalada por la señora María Angel de Arbeláez, Cónsul de Colombia en Washington, el 16 de diciembre de 1986. Dentro de esta documentación, se incluyó la declaración del señor William M. Morris, Fiscal Asistente de los Estados Unidos, quien manifiesta que el proceso contra el señor Alvarez Alvarez podía adelantarse, ya que no se encontraba prescrita la acción; el señor Morris dice textualmente:

"El enjuiciamiento de todos los delitos contenidos en el auto de proceder pueden llevarse a cabo puesto que está dentro del término de la ley de prescripción contenido en el título 18, Sección 3282 del Código de los Estados Unidos, ya que dicho auto de

proceder fue dictado dentro de los cinco años siguientes a la fecha de la comisión de los delitos".

"En consecuencia no se está en este caso, como lo pretende el memorialista en ninguno de los eventos del artículo 10 del Tratado, ya que el Estado requirente envió en tiempo la documentación adicional, y el Estado requerido considera que la información presentada es suficiente para cumplir con las exigencias del Tratado. En efecto, la prueba referida sobre la norma reguladora de la prescripción, tenía sólo un carácter suplementario y además, no es este el momento para decidir sobre los requisitos formales de la documentación en su conjunto, dado que sólo con posterioridad al concepto de la Corte se procederá a resolver al respecto.

En mérito de lo expuesto,

Resuelve:

"*Artículo primero.* No acceder a la solicitud de libertad del señor Javier Alvarez Alvarez" (fls. 2 a 4).

Consideraciones:

I. Considera conveniente el Despacho precisar, por razones de claridad, que aunque el demandante dice ejercitar las acciones de simple nulidad y de restablecimiento del derecho, en realidad la pretensión aducida es la segunda de las mencionadas, ya que lo que se busca obtener es la declaratoria de nulidad de un acto y el consecuencial restablecimiento de un derecho que se dice conculcado por aquél, pretensiones que encajan exactamente dentro de las previsiones del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, que precisamente al contemplar la figura de la acción, más propiamente pretensión, de restablecimiento del derecho, parte del presupuesto de la existencia de un acto administrativo respecto del cual se formule acusación de ilegalidad y se deduzca de ella violación de un derecho o causación de un perjuicio o ambas peticiones.

No es factible a la luz de los artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984, formular las pretensiones en ellos contempladas frente a un mismo acto, pues son entre sí excluyentes, en razón de que la pretensión de nulidad se limita a la simple declaración de ilegalidad sin repercusión alguna sobre una situación jurídica individual en cuanto implique su restablecimiento y la indemnización de perjuicios o una u otra pretensión, mientras que la pretensión de restablecimiento, como su mismo nombre lo indica, parte del supuesto de la existencia de un derecho que se dice conculcado o de un perjuicio que se afirma irrogado por el acto cuya declaratoria de ilegalidad o de nulidad se solicita.

Sin embargo, aunque la acción ejercitada en el caso *sub lite*, como acaba de expresarse, es la de restablecimiento del derecho, como de ella se hizo uso dentro del término previsto al efecto del artículo 136, inciso segundo, del Código Contencioso Administrativo, la imprecisión anotada, no configura causal o razón para inadmitir la demanda por caducidad de la acción.

II. El artículo 50 del Código Contencioso Administrativo en su inciso final dispone textualmente lo siguiente:

> "Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla".

III. El acto acusado, o auto como expresamente lo denomina el actor, no es, teniendo en cuenta el aparte de la norma antes transcrita, un acto definitivo, en razón a que no pone fin a la actuación administrativa de la que forma parte. No decide directa ni indirectamente sobre la materia que es objeto de la actuación, cuál es la concesión o negación de la extradición por el Gobierno colombiano a requerimiento de otro país.

En efecto, se trata, en el caso *sub júdice*, de una decisión tomada dentro de la actuación administrativa encaminada a decidir sobre el requerimiento de extradición del actor formulado por el Gobierno de los Estados Unidos de América y regulada por la Ley 68 de 14 de diciembre de 1986 y será precisamente tal decisión la que tendrá el carácter del acto definitivo.

Más aún, el mismo demandante le niega al acto impugnado la naturaleza de acto definitivo, cuando expresamente en la demanda, le atribuye el carácter jurídico de acto preparatorio. Dice textualmente el actor al respecto:

> "... ruego al Consejo de Estado la suspensión provisional en prevención de los actos preparatorios que puedan producir una resolución ejecutiva de extradición inconstitucional e ilegal..." (fls. 32 y 33).

IV. El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo preceptúa que la pretensión de nulidad no procede contra los actos de trámite, ni contra los actos preparatorios, salvo las excepciones consagradas en los artículos 50, 88 y 153 del mismo Estatuto.

La prescripción a que se ha hecho referencia no es aplicable únicamente cuando la acción ejercitada es la de simple nulidad o acción pública; también lo es cuando lo que se ejercita, como en el caso *sub lite*, es la pretensión de restablecimiento del derecho que implica, como ya se anotó al punto I de estas consideraciones, a la luz del artículo 85 *ibídem* y como premisa del restablecimiento y/o reparación del daño que se impetra, la petición de anulación del acto jurídico que ha vulnerado el derecho y generado el perjuicio o una u otra consecuencia.

V. El acto acusado no reúne los supuestos exigidos por ninguna de las normas —artículos 50, 88 y 153 del C. C. A.— que permiten, por excepción, aducir pretensión de nulidad o de restablecimiento del derecho contra actos de trámite o actos preparatorios.

En efecto, no se trata en el caso de autos, de un acto de trámite que haga imposible continuar la actuación y por ende le ponga fin, tal

como lo prevé el artículo 50 mencionado. Por el contrario, la detención provisional y más exactamente la negativa a acceder a la concesión de la libertad del actor, en que consiste precisamente el acto acusado, son medidas o decisiones previstas y que tienen lugar dentro del procedimiento de extradición que regula la Ley 68 de 1986 y que como ya se dijo, solamente culmina con la decisión que concede o niega dicha extradición.

Tampoco se llenan los requisitos previstos en el artículo 88 del Estatuto citado, pues no se plantea discusión alguna sobre competencia de autoridades administrativas distintas para resolver sobre la actuación que se controvierte en el proceso.

De la misma manera, no se satisfacen los requisitos exigidos en el artículo 153, numeral 1 del Código Contencioso Administrativo, puesto que aún en el evento de aceptar que como lo afirma el actor, el acto definitivo estaría viciado de inconstitucionalidad o ilegalidad (fls. 32 y 33), dicho acto no carece de recurso como lo pretende aquél aunque sin dar razón de tal aseveración (fl. 33) ya que no existe norma expresa que así lo disponga.

VI. De lo antes expuesto se colige que se configura carencia de jurisdicción de esta Corporación y de los demás organismos que conforman la jurisdicción especial o contenciosa administrativa para conocer y pronunciarse sobre la pretensión aducida, por lo que en aplicación del artículo 143, inciso segundo, Código Contencioso Administrativo, habrá de inadmitirse la demanda.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

I. Inadmítese la demanda.

II. Devuélvase la demanda, junto con sus anexos, al interesado.

Notifíquese y cúmplase.

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DESISTIMIENTO. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.—

Procedencia (art. 67 de la Ley 167 de 1941 y art. 85 del nuevo C. C. A., contenido en el artículo 1º del Decreto 01 de 1984).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dos de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4572 (40). Nulidad con restablecimiento del derecho, de los artículos 2º y 3º de las Resoluciones números 001199 y 002100 del 5 de agosto de 1982 y de los artículos 1 y 2 de las Resoluciones números 000852 y 000853 del 13 de abril de 1984, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía. Actor: "Compañía Minera Marathón Limitada".

En escrito presentado personalmente por su signatario el día 19 de diciembre de 1986 ante la Secretaría de la Sección Tercera, el señor apoderado de la sociedad actora, tras expresar que su poderdante ha presentado renuncia ante el Ministerio de Minas y Energía a las propuestas para explorar y explotar carbón números 5859 y 5860 que constituyen el objeto del presente proceso, renuncia en cuya virtud éste debe terminar "por sustracción de materia" para no comprometer el principio de la economía procesal, manifiesta que desiste de la demanda presentada en este asunto y solicita que se admita el desistimiento y se ordene el archivo del expediente (fl. 384, C. 1).

En orden a resolver la solicitud en cuestión, este Despacho

Considera:

1º El poder conferido al memorialista por el representante legal de la sociedad actora, lo faculta de manera expresa para desistir (fl. 1, C. 1).

2º El proceso de la referencia se encuentra al Despacho del suscrito Consejero para continuar el trámite propio del mismo, luego de que mediante providencia de fecha 23 de febrero de 1987 dictada por el señor Consejero Jorge Valencia Arango dentro del proceso número 3724, se admitió el desistimiento del recurso de reposición interpuesto por el Procurador Judicial de la "Compañía Minera Marathón Ltda.", contra el auto del mismo Consejero que no accedió a ordenar la acumulación solicitada entre el mencionado proceso número 3724 y el que se indica en la referencia de esta providencia.

3º La demanda de la actora persigue, a través del ejercicio de la acción prevista por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el artículo 1º del Decreto-ley número 1 de 1984, la nulidad de varios actos administrativos proferidos por el Ministerio de Minas y Energía y el restablecimiento de los derechos que, según la demanda, le fueron desconocidos por los actos impugnados, conforme lo puntualiza la segunda de las súplicas del libelo demandatorio (fl. 183, C. 1).

4º La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene aceptado, desde hace muchos años, que la acción de plena jurisdicción que consagraba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, equivalente a la de restablecimiento del derecho que consagra hoy el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984, es libremente desistible por quien la ha ejercido a diferencia de lo que acontece con el contencioso de simple nulidad o con el electoral.

5º El desistimiento que formula el señor apoderado de la "Compañía Minera Marathón Ltda." es total e incondicional, mas es unilateral, por lo cual habrá de ser condenada dicha compañía al pago de las costas que dentro del presente proceso se hubieren causado (C. de P. C., art. 345, inciso 2º).

Lo hasta aquí expuesto suscintamente lleva a concluir que se reúnen los requisitos que exigen la ley y la jurisprudencia de esta Corporación para admitir el desistimiento de la acción contenciosa de restablecimiento del derecho, por lo cual es del caso aceptar el que ha formulado la "Compañía Minera Marathón Ltda.", por conducto de apoderado. Como consecuencia de lo expuesto, se

Resuelve:

Primero: *Admítese el desistimiento de la demanda* que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, formula la "Compañía Minera Marathón Ltda." por conducto de apoderado, contra los artículos 2º y 3º de las Resoluciones números 001199 y 001200 ambas del 5 de agosto de 1982 y contra los artículos 1 y 2 de las Resoluciones número 000852 y 000853 ambas del 13 de abril de 1984, proferidas todas por el Ministerio de Minas y Energía, desistimiento que se admite con los efectos y las consecuencias que señalan los artículos 342 y 345 del Código de Procedimiento Civil.

Segundo: Condénase en costas a la sociedad actora. Tásense por la Secretaría (C. de P. C., art. 345).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Secretario.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD (Decreto 056 de 1975).

1º Concepto.

2º Entidades adscritas.

3º Administración de las entidades adscritas.

4º ¿A quién corresponde la dirección del Sistema Nacional de Salud y del Seccional?

5º Al Ministerio de Salud se le asignó la función de "controlar el cumplimiento de las normas sobre NOMBRAMIENTO Y REMOCION del personal técnico.

6º Incorporación de los Secretarios de Salud de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá.

7º Funciones del Jefe del Servicio Seccional de Salud (Decreto 350 de 1975).

8º Régimen de Derecho Público.

9º Estatuto de personal. Normas en el que está contenido.

10. DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA. Corresponde a la entidad nominadora.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 77. Apelación sentencia. Actora: Yeimis Judith Meza Ariza.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de octubre 29 de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dentro del proceso instaurado por Yeimis Judith Meza Ariza para impetrar la nulidad de la Resolución número 3274 de noviembre 2 de 1984 del Servicio Seccional de Salud y el correspondiente restablecimiento del derecho.

En el fallo impugnado se desestimaron las súplicas de la demanda, que se fundaban en la alegación de que la declaración de insubsistencia había sido proferida por el Director del Servicio Seccional de Salud de Norte de Santander sin competencia, la que correspondía, según lo alegado, al Gobernador del Departamento. Estimó, en cambio, el *a quo*

que, conforme a las disposiciones del Decreto 0350 de 1975 y al texto del contrato celebrado entre el Departamento y el Ministerio de Salud en julio de 1974, el Director del Servicio Seccional de Salud tenía facultad para adoptar tal decisión (fls. 70-74).

Al sustentar el recurso de alzada, el recurrente insiste en su tesis inicial transcribiendo jurisprudencias de esta Corporación según las cuales, con el establecimiento del Sistema Nacional de Salud y sus Servicios Seccionales, no surgieron organismos nuevos en lo nacional o en lo seccional, con personería jurídica propia por fuera de la que corresponde, según la Constitución, a los Departamentos y Municipios, entidades de las cuales forman parte. El representante legal del Servicio Seccional de Salud es, según dicha jurisprudencia, el Gobernador del Departamento.

Y concluye el apelante:

"De lo transcrito inequívocamente se desprende que los Servicios Seccionales de Salud:

—No son establecimientos públicos.

—No son personas jurídicas.

—No son sujetos activos ni pasivos en los juicios.

—No pueden ser representados por su Director.

Con el Sistema Nacional de Salud no se modificó la estructura y organización de los Servicios Seccionales de Salud, ni implicó una sustitución patronal ni modificó la naturaleza de la relación laboral.

Los Servicios Seccionales de Salud son meras dependencias de la administración territorial. En consecuencia, la competencia para la designación y remoción de los empleados del Servicio de Salud de cada Departamento es exclusivamente del Gobernador, de conformidad con el artículo 194-2 de la Constitución Nacional, que dice: 'Dirigir la acción administrativa en cada Departamento, nombrando y separando sus agentes...'.

Si nuestro estatuto fundamental traza unas competencias específicas, sólo un precepto de igual rango jurídico puede recortarlas, alterarlas, modificarlas, redistribuirlas o extenderlas" (fls. 77-82).

En su vista fiscal el señor agente del Ministerio Público es de criterio que se confirme el fallo apelado, pues, según señalan las disposiciones de los Decretos 350 de 1975 y 1468 de 1979, "efectivamente, el Jefe del Servicio Seccional del Norte de Santander tiene la competencia para declarar la insubsistencia de los funcionarios de su Seccional, con arreglo a la ley que está en consonancia con los mandatos constitucionales, o sea decir, un poder reglado en armonía con el texto 2º de la Carta Fundamental" (fls. 89-96).

Para resolver,

Se considera:

Consta en autos que, por Resolución número 3274 de noviembre 2 de 1984, el Jefe del Servicio de Salud de Norte de Santander declaró insubsistente el nombramiento de la doctora Yeimis Judith Meza Ariza, (art. 1º); que son entidades adscritas al Sistema "todas las personas Jefe de Control de Medicamentos de esa entidad (fl. 1).

Estima la actora que con el acto enjuiciado se quebrantaron las disposiciones contenidas en los artículo 2, 17, 20 y 194, numeral 2º de la Constitución Nacional; el artículo 3º de la Ley 58 de 1982 y el artículo 2º del Decreto 01 de 1984 porque, según la Carta, los poderes públicos deben ejercerse con estricta sujeción a los términos, condiciones y requisitos en ella establecidos, la que, además, distribuye las principales competencias de los órganos y concretamente atribuye a los Gobernadores la competencia exclusiva para designar los empleados departamentales (fl. 5). Agrega que se violaron los artículos 20 y 17 de la Constitución porque el acto acusado configura una extralimitación de funciones y contradice la especial protección que el Estado debe al trabajo. Sostiene, finalmente, que también se quebrantó el artículo 3º de la Ley 58 de 1982, que señala, como objeto de la actuación administrativa, el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de derechos o intereses de los administrados, reconocidos por la ley (fls. 5-6).

Oportuno es recordar que, de conformidad con el Decreto 056 de enero 15 de 1975, se entiende por Sistema Nacional de Salud "el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación" jurídicas de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad" (art. 2º); que la administración de las entidades está a cargo de la dirección del Sistema en sus niveles respectivos (art. 3º); que también están adscritas al Sistema "las entidades creadas por la ley de la República, ordenanza departamental, acuerdo municipal, intendencial o comisarial y las dependencias de otras entidades del sector público que presten servicios de atención médica" (art. 5º); que la dirección del Sistema a nivel nacional corresponde al Ministerio de Salud y, a nivel seccional, a los Servicios Seccionales de Salud, los que funcionan como dependencias técnicas del Ministerio de Salud (arts. 6, 7, y 8); que, entre las funciones del Ministerio, está la de "controlar el cumplimiento de las normas sobre nombramiento y remoción del personal técnico" (art. 9); que "las Secretarías de Salud de los Departamentos, de las Intendencias y Comisarías y del Distrito Especial de Bogotá se incorporarán en su funcionamiento al Servicio Seccional de Salud correspondiente" (art. 10); que cada Servicio Seccional está dirigido por un Jefe y tiene una Junta Secional, nombrado el primero "de acuerdo con el contrato de integración" y en calidad de agente del Ministerio y presidida la segunda por el Gobernador del Departamento o el Alcalde del Distrito Especial o sus delegados, según el caso (arts. 11, 13 y 14). Por su parte, el Decreto 350 de marzo 4 de 1975 señala, entre las funciones del Jefe del Servicio Seccional de Salud, la de nombrar el personal de la sede del Servicio de acuerdo con el Estatuto de Personal de Salud (art. 5º-j) y determina que "los Servicios Seccionales de Salud tendrán régimen legal de derecho público"y que el

personal que en ellos labore "estará sometido a la situación legal y reglamentaria de los empleados públicos" (arts. 21 y 22). El Estatuto de Personal del Sistema Nacional de Salud está contenido en el Decreto 694 de abril 14 de 1975, que fue reglamentado por el Decreto 1468 de junio 19 de 1979 cuyo artículo 111 dispone que "la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento corresponde a la entidad nominadora".

Dados estos presupuestos legales, fácil es comprender cómo evidentemente con el acto acusado no se violaron las normas invocadas por la accionante, como atinadamente se puntualiza en la vista fiscal y se señala en el fallo recurrido.

Se expresa, a este respecto, en el concepto del señor Fiscal Cuarto de esta Corporación:

"En primer lugar, en el criterio de esta fiscalía no existe violación por parte de la Resolución atacada al artículo 194-2 de la Carta Suprema, en razón de que las normas sobre las cuales reposa el sustento jurídico de dicha Resolución —las que respaldan la existencia jurídica del Sistema Nacional de Salud— presentan una modalidad especialísima amparada en cánones que, al igual que el texto presuntamente agredido, son constitucionales.

"En efecto, en virtud de la atribución consignada en el numeral 12. del artículo 76 del Estatuto Supremo, el Congreso Nacional expidió la Ley 9ª de 1973, revistiendo al Presidente de la República de precisas facultades para integrar y organizar el servicio de salud en el país. El ejecutivo en cumplimiento de la obligación señalada en el artículo 118, numeral 8. del Código Político y en desarrollo de las facultades establecidas en la referida Ley, dictó los Decretos-leyes números 056, 350 y 694 de 1975, en los cuales está señalado la definición, organización, funcionamiento y el estatuto de personal del Sistema Nacional de Salud, sin llegar a invadir la autonomía constitucional de las entidades territoriales ni cercenar las atribuciones que la Constitución deposita en los jefes de dichas entidades. Por tanto, no se aprecia incompatibilidad alguna entre lo señalado en el artículo 194-2 de la Constitución Nacional y la declaratoria de insubsistencia hecha por el funcionario en virtud de la facultad legal, desprendida de la atribución constitucional".

"De donde resulta que, efectivamente, el Jefe del Servicio Seccional del Norte de Santander tiene la competencia para declarar la insubsistencia de los funcionarios de su Seccional, con arreglo a la ley que está en consonancia con los mandatos constitucionales, o sea decir, un poder reglado en armonía con el texto 2º de la Carta Fundamental.

"Tampoco el acto impugnado infiere agravio al canon 17 del Estatuto Supremo al consagrar el derecho al trabajo que se garantiza en él no implica la inamovilidad de los empleados públicos y, en el presente caso, la demandante estaba incluida en los empleados de libre remoción".

"En cuanto a la posible vulneración de los artículos 3º y 2º de la Ley 58 de 1982 y Decreto-ley 01 de 1984, respectivamente, no demostró el libelista que la declaratoria de insubsistencia obedeciera a motivos ajenos al buen servicio público y la relación causal entre ellos y la remoción.

"En las condiciones precedentes anotadas, la declaratoria de insubsistencia —cuestionada en la demanda— no agrede, por los conceptos en ella expresados, los textos constitucionales ni legales indicados en el libelo demandatorio" (fls. 94-95).

Comparte la Sala íntegramente este criterio y, por lo tanto, ha de confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmese la sentencia apelada de fecha octubre veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cinco (1985), proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CONCEPTOS Y CIRCULARES.—

¿Control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo? Decreto 01 de 1984. SOCIEDADES EXTRANJERAS. DOMICILIO EN EL PAIS. Retención en la fuente por pagos hechos directamente sobre el exterior. Régimen.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1076. Actor: Jaime González Bendiksen. Autoridades Nacionales. Nulidad de unos apartes del concepto número 31615 de 11 de diciembre de 1984 proferido por el Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Fallo.

Solicita el doctor Jaime González Bendiksen la nulidad de la proposición según la cual en concepto de 11 de diciembre de 1984, la Delegada del Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales, sostuvo que en relación con la retención en la fuente de sociedades extranjeras con domicilio en el país, "para gozar de este tratamiento las casas extranjeras y sus sucursales en Colombia deben sujetarse a las reglas que el mismo ordenamiento tributario (se refiere a los artculos 45 a 52 de la Ley 9ª de 1983) contiene sobre las obligaciones y derechos inherentes a su calidad.

"... en principio ... mas si los pagos o abonos al exterior los efectúa la entidad oficial directamente a la casa matriz en el exterior, sin que intervenga la sucursal ... y antes de que ésta presente su declaración de renta y pague los impuestos a' que haya lugar, en atención al mandato del artículo 4º del Decreto 231 de 1983, concordante con el artículo 22 del citado Decreto 2579 de 1983, la retención se efectúa en la forma ordenada para las sociedades extranjeras sin domicilio en el pas, porque al aceptar la modalidad comentada, se han puesto en esa situación y en la parte transferida al exterior se someten al tratamiento señalado para ese evento (retención por concepto de renta del 14%..." (fls. 17 y 18).

En su demanda el actor estimó que el anterior concepto violó las previsiones del artículo 4º del Decreto legislativo 231 de 1983 y el 22 del Decreto reglamentario 2579 de 1983, el primero por tratar de aplicar norma colombiana a aspectos relacionados con retención en la fuente

para pago del impuesto a la renta, al confundir a quienes y en qué evento se le hace retención en la fuente con el requisito del pago del impuesto a la renta para que la Oficina de Control y Cambios del Banco de la República autorice el giro de remesas al exterior de ingresos de fuente nacional.

El actor señala que la Administración concluye que cuando de sociedades extranjeras con domicilio en el país se trata, que reciban directamente y sin la intermediación de la sucursal colombiana, pagos por entidades oficiales nacionales, y antes de que ésta presente su denuncio rentístico y pague los impuestos, la retención antelada del tributo se hará en la forma prevenida para las sociedades sin domicilio en el país, con la cual interpretación se violó el artículo 4º del Decreto reglamentario 2579 de 1983, según el cual, "para efectos de los artículos 2º... del presente Decreto, el impuesto de renta que se descuenta es el liquidado y pagado de conformidad con la respectiva declaración de renta o el retenido cuando aún no existiere declaración y pago del mismo, norma aplicable por virtud del artículo 30 del Código Civil.

Considera que el concepto demandado violó el artículo 14 del Decreto reglamentario número 2579 de 1983, según el cual las retenciones a sociedades extranjeras domiciliadas en el país, se hará en la forma prevista para las colombianas residentes o domiciliadas en el país, según las normas vigentes en el momento del respectivo pago, así como el artículo 12 del Decreto reglamentario 2026 de 1983, el cual establece que el porcentaje de retenciones será del 4%.

Al conceptuar en la forma indicada, la Administración, según el actor, creó una excepción no contemplada en cuanto al alcance y aplicación de los artículos 14 y 12 ya citados, y sometió a las sociedades con domicilio en el país a una retención del 14% cuando reciban de entidades colombianas pagos directamentes de las matrices, como si se tratara de entidades no domiciliadas en Colombia.

Por este mismo concepto denuncia infracción de los artículos 47 de la Ley 9ª de 1983, y 11 y 12 del Decreto reglamentario 2579 de 1983.

En fin, predica el actor infracción a los artículos 20 y 120, 3º de la Constitución Política, por haber ejercido la Administración facultades para crear excepciones no autorizadas por la ley y haber de ese modo reglamentado la Ley 9ª de 1983.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se hizo parte para impugnar la demanda y sostuvo en alegación visible a folio 37:

1. No ha habido confusión de la Dirección de Impuestos al aludir a las normas cambiarias que regulan el procedimiento y requisitos exigidos para autorizar remesas al exterior, como lo pretende el actor.

2. La decisión de compañías extranjeras con sucursal en Colombia, de recibir pagos directamente, indica que las entidades señaladas reservan su domicilio en el exterior para recibir esos pagos o abonos en cuenta, y si la sociedad sucursal sólo sirve de intermediario para remitir los giros correspondientes al extranjero, antes de verificar denuncios rentísticos y pagos de impuestos, debe considerarse que los presupuestos que hacen pensar que una casa extranjera tiene domicilio en

el país no se cumplen y por ello, en semejante hipótesis tiene aplicación el artículo 12 del Decreto reglamentario 2579 de 1983.

En las operaciones concretas del tipo hipotético examinado, la sucursal no implica denuncio fáctico de la sociedad extranjera en el país.

La argumentación del actor implica una aplicación de las normas que no consulta los parámetros legales.

Destaca, en fin, que precisamente por ese efecto, entre otros, las sucursales en Colombia deben llevar cuenta separada en la contabilidad para saber qué actividades desarrolla y cuáles la casa matriz, a efecto de definir y precisar sus correspondientes utilidades (art. 27, Decreto reglamentario 2579 de 1983).

Se considera:

La jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene, a partir del Decreto 01 de 1984, jurisdicción y competencia para conocer de la solicitud de nulidad de los conceptos y circulares que la administración quiere aplicar de modo general.

De modo que, supuesto de la sentencia es la existencia de materia sobre la cual la jurisdicción pueda ejercerse.

Sabido es que la jurisprudencia y la doctrina comparada distinguen circulares y conceptos obligatorios, por su contenido reglamentario, y los de alcance particular y no obligatorios, o simplemente no obligatorios.

Las primeras son susceptibles de control jurídico, dada la circunstancia de que pueden producir lesión a los administrados o de hecho la producen.

La segunda no, dado que, en principio, el objeto materia de control jurisdiccional es una decisión.

Si los pronunciamientos de la administración no contienen decisión, no existe, en principio lesión jurídica reparable por vía de la acción judicial.

En el caso de autos, la administración, a instancia de un particular, rindió un concepto interpretativo en el sentido de que las sociedades extranjeras con sucursal en el país, que reciban pagos directamente sobre el exterior, sin pasar por la sucursal, debían estar sujetas a retención en la fuente, para efectos del impuesto de renta y complementarios, del modo mismo a que lo están las sociedades o compañías extranjeras sin domicilio en el país.

No parece que, aunque haya habido varios conceptos sobre el mismo punto y en idéntico sentido, pueda afirmarse que la administración pretende aplicar ese criterio, por medio de un concepto, de modo general.

Si así fuere, lo procedente y usual es la utilización del mecanismo de las circulares que la Dirección General de Impuestos Nacionales emplea para hacer prevalecer sobre sus funcionarios subalternos los criterios de interpretación y aplicación de las disposiciones en materia tributaria.

No halla el Consejo de Estado, por conducto de esta Sala, que en el caso que se estudia se encuentre frente a la hipótesis de un concepto que la administración pretende aplicar de modo general, por lo cual ha de concluir que la demanda versó sobre objeto que escapa a su control, y por tanto, en esa medida resulta inepta para esperar fallo de mérito.

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

Resuelve:

Declárase inhibido para pronunciar fallo de mérito respecto de la acción de nulidad promovida por el doctor Jaime González Bendiksen tendiente a obtener la invalidación de la opinión de la Subdelegada del Subdirector General de Impuestos Nacionales, contenida en el concepto de 11 de diciembre de 1984.

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

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

Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Ausente.

Jorge A. Torrado, Secretario.

CAPITULO CUARTO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO.—

La administración debe adelantar la correspondiente actuación administrativa con sujeción a lo previsto en los artículos 28 y concordantes del Código Contencioso Administrativo.

Decrétase la suspensión provisional de la Resolución número 1126 de diciembre 20 de 1985, expedida por el Ministerio de Minas y Energía.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintidós de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4975 (204) (Minas). Actor: "Minas Maturín Limitada".

La sociedad "Minas Maturín Limitada" con domicilio principal en la ciudad de Cúcuta, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984, solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución número 1126 de fecha 20 de octubre de 1985 expedida por el Ministerio de Minas y Energía (Dirección de Asuntos Legales - División Legal de Minas); pide que como consecuencia de tal declaratoria, se restablezca la vigencia de la Resolución número 770 de fecha 24 de junio de 1985 expedida por la misma dependencia y que, como secuela del restablecimiento de la vigencia de esta última Resolución, se ordene al Ministerio de Minas y Energía el estudio de la documentación presentada por la sociedad demandante ante el Ministerio en cumplimiento de tal acto administrativo.

La demanda reúne los requisitos formales exigidos por la ley para las de su especie, por lo cual se ordenará su admisión. Y como el libelo formula solicitud de suspensión provisional del acto acusado, se procede a estudiar si la medida provisoria es o no viable.

La Resolución acusada dispuso, en su artículo primero, rechazar la solicitud de licencia número 3547 presentada por la sociedad actora con miras a la exploración técnica de un yacimiento de carbón y demás minerales concesibles en un predio ubicado dentro de la jurisdicción de los municipios de Cúcuta, Santiago y San Cayetano, en el Departamento de Norte de Santander. Mediante su artículo segundo, dispuso "dejar sin efecto la Resolución número 000770 del 24 de junio de 1985 mediante la cual se fijó nuevo término para comprobar la capacidad

económica y técnica" a la sociedad demandante; por su artículo tercero, el acto cuya suspensión provisional se impetra, declaró libre la zona correspondiente a la solicitud de licencia número 3547 y ordenó que, en consecuencia, se diera cumplimiento al artículo 29 del Decreto 3050 de 1984 y que se archívase el expediente previo envío a la Sección de Estudios de Ingeniería para la desanotación de la zona. Finalmente, por su artículo cuarto advirtió que en relación con la providencia reseñada tan sólo procedía el recurso de reposición ante el Ministerio de Minas y Energía.

Disposiciones violadas y concepto en que lo fueron.

Como disposiciones flagrantemente vulneradas por el acto acusado, la petición de suspensión provisional indica los artículos 26 de la Constitución Nacional y 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo y expresa, como a continuación se resume, el concepto de violación:

a) Es palmario que el acto acusado, al dejar sin efectos la Resolución número 770, "procedió de manera unilateral sin observar las formas procesales del caso" desconociendo el canon 26 de la Carta;

b) Igualmente es evidente que el acto acusado, al dejar sin efecto la Resolución 770, procedió a su revocatoria sin el consentimiento expreso y escrito de la sociedad demandante, titular de la situación jurídica particular y concreta que le había sido reconocida mediante la Resolución revocada, con lo cual el Ministerio de Minas y Energía violó manifiestamente el artículo 73 del nuevo estatuto contencioso administrativo, y

c) El acto acusado fue proferido por el Ministerio de Minas y Energía con desconocimiento flagrante de lo preceptuado por el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo pues no cumplió en absoluto con lo que dicho texto prescribe, toda vez que no se citó ni se comunicó a la sociedad demandante sobre tal actuación (arts. 14 y 28 del C. C. A.) y, por lo tanto, se la privó de la oportunidad de solicitar pruebas (art. 34, C. C. A.), y no se le permitió expresar su opinión (art. 35, *ibídem*), todo lo cual redunda en manifiesta violación del artículo 74 del Código Contencioso Administrativo y, por ende, en hacer procedente la suspensión provisional.

Agrega la solicitud de suspensión provisional que considerando que la acción intentada es de restablecimiento del derecho, el perjuicio que podría sufrir la sociedad demandante de mantenerse la Resolución 1126 atacada radica en que, de una parte, perdería los trabajos realizados en el área de la solicitud de licencia número 3547 y, de otra, en que se le privaría de la posibilidad de continuar explotando económicamente el carbón existente en el área correspondiente a la citada solicitud de licencia, e indica como prueba sumaria de tales trabajos y de las proyecciones de explotación carbonífera el "Informe de Inspección Ocular a las solicitudes de Licencias número 3544, 3547 y 3548 para carbón" que se anexa a la demanda (fls. 11 a 16, C. Principal).

Para resolver sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada,

Se considera:

La solicitud de suspensión provisional viene fundamentada por el actor en la violación manifiesta de los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el canon 26 de la Carta

Fundamental. Cabe examinar, entonces, si en el caso *sub exámine* se da o no esa manifiesta violación, puesto que una infracción de esa índole es presupuesto necesario para la prosperidad de la medida provisoria impetrada.

Dispone el inciso primero del artículo 26 de la Constitución Nacional que "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*". Y el inciso primero artículo 73 del nuevo Código Contencioso Administrativo, reproduciendo lo que anteriormente preceptuaba el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, dispone que "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 sino con el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular". Finalmente, la primera parte del artículo 74 del Código Contencioso Administrativo adoptado por el Decreto-ley número 1 de 1984 prescribe que para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto, la administración deberá adelantar la correspondiente actuación administrativa con sujeción a lo previsto en los artículos 28 y concordantes del mismo Código, es decir, comunicando a los particulares que en forma directa puedan resultar afectados con la actuación, la existencia de ésta y los objetivos que persigue, a efectos de que aquellos puedan ejercer el derecho que la Carta Constitucional tutela de ser previamente oídos, expresando sus opiniones y pidiendo la práctica de las pruebas o solicitando el allegamiento de las informaciones que consideren necesarias para que la decisión administrativa que finalmente haya de adoptarse se adecúe a los objetivos que, según la ley, ha de perseguir toda actuación administrativa y sin pasar por alto los principios orientadores señalados en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien: Sin necesidad de adentrarse en disquisiones sobre la interpretación y alcances de las normas que se dejan mencionadas y que serían impropias de providencias de la índole de la presente, basta considerar que mediante la Resolución número 000770 de fecha 24 de junio de 1985 (fl. 10 del cuaderno principal), la Divisón Legal de Minas del Ministerio de Minas y Energía decidió otorgar a la sociedad demandante, en su calidad de interesada en la Solicitud de Licencia número 3547, el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de su notificación, para que comprobase su capacidad económica y técnica de conformidad con los reglamentos internos del Ministerio (Resolución número 000169 de 1985). Es decir, que la citada Resolución 770 creó para la sociedad demandante una situación jurídica de carácter individual y concreto consistente en la facultad de poder presentar, en los formularios al efecto diseñados por el Ministerio de Minas y Petróleos, los estudios e informaciones tendientes a demostrar su capacidad económica y técnica para explotar y explotar minas de propiedad de la Nación, de conformidad con el artículo 7º del Decreto 3050 de 1984, acto que el Ministerio no podía desconocer o revocar libremente, sino con estricta sujeción a las previsiones contenidas en los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo. Y como así no procedió el Ministerio de Minas y Energía sino que, al contrario, mediante el acto impugnado resolvió rechazar la solicitud de Licencia número 3547,

dejar sin efectos la Resolución 770 antes citada y declarar libre la zona correspondiente a la prenombrada solicitud de licencia, viénese en conclusión que la Resolución acusada violó de manera ostensible y flagrante los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo que en forma precisa y clara regulan de qué manera y mediante el cumplimiento de cuáles requisitos puede la administración revocar y privar de efectos jurídicos a un acto suyo anterior que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, a saber: Obteniendo el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular y adelantando la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes del Código Contencioso Administrativo, siempre que no se trate de actos resultantes de la aplicación del silencio administrativo positivo como, evidentemente, no es el caso de la Resolución impugnada. Por consiguiente, esta Sala Unitaria accederá a ordenar la suspensión provisional solicitada.

Como consecuencia de lo expuesto precedentemente y habida consideración de que la sociedad actora demostró en forma sumaria el perjuicio que podría experimentar si se mantiene en vigor el acto que impugna mediante la acción consagrada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo,

Se dispone:

Primero. Por venir formalmente ajustada a la ley, *admítese* la anterior demanda de nulidad con restablecimiento del derecho que formula la sociedad "Minas Maturín Limitada", por conducto de apoderado, contra la Resolución número 1126 de fecha veinte (20) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), expedida por el Ministerio de Minas y Energía (Dirección General de Asuntos Legales, División Legal de Minas).

Segundo. Decrétase la suspensión provisional del acto impugnado.

La suspensión provisional aquí ordenada se extinguirá pasados treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, si la parte actora no continúa las gestiones propias del proceso (C. C. A., art. 156).

Tercero. Notifíquese personalmente esta providencia al señor Agente del Ministerio Público.

Cuarto. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Minas y Energía en los términos y forma previstos por los artículos 149 y 150 del Código Contencioso Administrativo.

Quinto. Fíjese en lista el presente negocio por el término de diez (10) días para los efectos señalados en el numeral 3 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

(Dirección General de Asuntos Legales, División Legal de Minas), el

Sexto. Por la Secretaría solicítese al Ministerio de Minas y Energía

envío de todos los antecedentes administrativos concernientes al acto acusado.

Séptimo. El doctor Nicolás Gamboa Morales, con Tarjeta Profesional número 6678 expedida por el Ministerio de Justicia, es apoderado especial de la sociedad "Minas Maturín Limitada", en los términos y para los efectos del poder que le ha sido conferido, visible al folio 1 del cuaderno principal.

Cópiese y notifíquese.

Antonio J. de Irisarri Restrepo.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS (Suspensión provisional).—

No puede desconocerse o revocar libremente, sino con estricta sujeción a las provisiones contenidas en los artículos 73 y 74 del Decreto 01 de 1984. CONSENTIMIENTO EXPRESO Y ESCRITO DEL RESPECTIVO TITULAR. SUSPENSION PROVISIONAL. EXTINCION (art. 156 del Decreto 01 de 1984).

Suspéndese provisionalmente la Resolución 1203 de diciembre 5 de 1985, proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

La suspensión provisional aquí acreditada se extinguirá pasados treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, si la parte actora no continúa las gestiones propias del proceso (C. C. A., art. 156).

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CADUCIDAD.

¿Cómo debe contarse? (art. 136 del Decreto 01 de 1984).

ACTO ADMINISTRATIVO. FIRMEZA.

(Art. 62 del Decreto 01 de 1984).

¿Cómo se contará el término de caducidad? Evento: A partir de la publicación, comunicación, ejecución, notificación. Casos que pueden darse de la decisión cuestionada, de la decisión que se haya tomado respecto de los recursos interpuestos oportunamente, cuando el interesado RENUNCIA a recurrir o por DESISTIMIENTO EXPRESO, PERENCION DEL RECURSO.

ACTO ADMINISTRATIVO. EJECUTORIA: INTERRUPCION: INTERRUPCION. Lo que interrumpe el término de ejecutoria no es la prosperidad del recurso sino su existencia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., doce de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4978. Recurso de Súplica. Actor: Minas Maturín Ltda. Demandada: La Nación (Ministerio de Minas y Energía.

La sociedad Minas Maturín Ltda., presentó demanda de nulidad con restablecimiento del derecho contra la Resolución número 1203 del 5 de diciembre de 1985, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, la cual fue inadmitida por el Consejero sustanciador, doctor

Carlos Betancur Jaramillo, por caducidad de la acción, según el proveído del primero (1º) de diciembre de 1986 (fls. 45 y 46, C. 1). Contra tal decisión se interpuso el recurso de súplica ante la Sala de la Sección Tercera, el cual se decide en esta providencia.

I. El auto suplicado:

Son fundamentos de la decisión impugnada las siguientes razones:

"Por tratarse la presente de una acción de restablecimiento de las previstas en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo su caducidad la gobierna el inciso 2º del artículo 136 *ibidem;* es decir, que los particulares tienen un término de cuatro meses a partir de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso, para concurrir a la jurisdicción contencioso administrativa a controvertirlo. Según constancia de folio 7 vuelto el edicto mediante el cual se notificó la Resolución impugnada se desfijó el nueve de enero de 1986, lo cual significa que descontando los cinco días que tenían los interesados para interponer el recurso de reposición, el acto quedó ejecutoriado el 16 de mayo de 1986.

"Si bien es cierto que se interpuso el recurso de reposición, esto se hizo en forma improcedente de acuerdo a la Resolución 295 de 1986 (fl. 8), ya que no se presentó personalmente.

"Según constancia secretarial de folio 42 vuelto la demanda se presentó el 14 de octubre de 1986, o sea cuando ya estaba vencido el término para intentar la acción, lo cual imposibilita a la Corporación para darle trámite.

"La interposición errónea de un recurso no interrumpe el término de ejecutoria de los actos administrativos. Hay que entenderlo así, interpretando las voces del artículo 62 y del 267 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 231 del Código de Procedimiento Civil.

"Por último recuerda el despacho que aunque de acuerdo con el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo el recurso de reposición no es obligatorio para agotar la vía gubernativa, habría que aceptar que este anómalo sistema serviría para impedir la ejecución del acto administrativo, contra toda previsión legal" (fls. 45 y 46 *ibidem*).

II. El recurso de súplica

El recurrente aspira a la revocatoria de la decisión impugnada, porque considera que el agotamiento de la vía gubernativa sólo ocurrió cuando se notificó la resolución por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición que se interpuso oportunamente, pues el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo "no contempla la interposición errónea de recursos como motivo para que queden en firme los actos administrativos" y, de otra parte, así se "podría dejar sin defensa alguna al particular que resultare desfavorecido con un rechazo equivocado de una reposición, proferida más de cuatro (4) meses después de su interposición, toda vez que contra tal providencia no cabe recurso alguno". Observó que según la tesis del auto suplicado, el 16

de mayo de 1986, cuando el Consejero sustanciador considera que la resolución acusada quedó ejecutoriada, "ni siquiera se había notificado la decisión del Ministerio de Minas y por lo tanto no se conocía el resultado de la reposición interpuesta por Minas Maturín Ltda." y, obviamente, aún no se podía ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa, por "expresa restricción del artículo 135 (1) (sic) antes citado" (fls. 47 a 49, C. 1).

III. Consideraciones:

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, sobre la extinción de las acciones, preceptúa que "la de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, *según el caso*" (Se subraya). Vale decir, que el término de caducidad empieza a contarse a partir de uno cualquiera de los eventos mencionados. Mas, cómo distinguir en cada oportunidad, ¿cuál es la hipótesis a elegir? ¿Qué significa "según el caso"? Como quiera que, en principio, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las demandas de nulidad contra actos administrativos *en firme*, debe examinarse en cada oportunidad qué establece el legislador para cada tipo de acto, en cuanto a su firmeza se refiere. Sobre este particular, el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, expresa:

> "*Firmeza de los actos administrativos.* Los actos administrativos quedarán en firme:
>
> 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso;
>
> 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido;
>
> 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos;
>
> 4. Cuando haya lugar a perención, o cuando se acepten los desistimientos".

De lo anterior se colige que el término de caducidad debe contarse así:

A) A partir de la *publicación*, respecto de terceros afectados en forma directa e inmediata, cuando la decisión se haya tomado en una actuación en la que ellos no han intervenido (art. 46, C. C. A.);

B) A partir de la *comunicación* cuando haya norma expresa que indique que para la firmeza del acto es suficiente la sola *comunicación, sin necesidad de la notificación* que como regla general, ordena el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, o sea cuando se establece una excepción a la obligatoriedad de *notificar* los actos;

C) A partir de la *ejecución*, cuando la administración no dio la oportunidad de ejercer los recursos existentes (art. 135, ordinal 2, C. C. A.) y los ejecuta respecto del administrado sin haberlos notificado, no comunicado, ni publicado, según el caso, pues es obvio que a partir de tal ejecución el interesado tiene conocimiento cabal de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento pretende por la vía jurisdiccional;

D) A partir de la *notificación:*

1. De la decisión cuestionada, cuando contra ella no procede ningún recurso por la vía gubernativa (art. 62, ordinal 1, C. C. A.).

2. De la decisión que se haya tomado respecto de los recursos interpuestos oportunamente (C. C. A., arts. 62 ordinal 2 y 44 inciso 1º).

Del examen de los artículos 63 y 51 inciso cuarto, del Código Contencioso Administrativo se colige que el término de caducidad también empieza a correr, respecto de los actos contra los cuales procedan recursos de los que el interesado no hizo uso, a partir del día siguiente al vencimiento del lapso hábil para impugnarlos por la vía gubernativa, porque esta es una forma de que el acto administrativo quede en firme.

El recurso interpuesto fuera de término obviamente no altera la ejecutoria que ya se había perfeccionado, pues al vencimiento del lapso hábil para recurrir la decisión queda ya en firme (art. 51, inciso 3º, C. C. A.). Además, si el interesado *renuncia* expresamente a recurrir, el acto quedará en firme a partir de esta manifestación y desde entonces estará abierta la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional, por lo que el término de caducidad debe empezar a contarse desde el siguiente día hábil. El *desistimiento expreso* equivale a *renuncia* del recurso y se rige entonces por la regla anterior.

En los casos de *desistimiento implícito* o de *perención del recurso,*

En los casos de *desistimiento implícito* o de *perención del recurso* (arts. 13, 54 y 62 ordinal 4 del C. C. A.), el término de caducidad empezará a correr a partir de la ejecutoria de la providencia que haga el pronunciamiento respectivo y ordene arhcivar el expediente, conforme al artículo 13 *ibídem,* porque sólo a partir de ese momento se tiene certeza sobre la firmeza del acto recurrido.

Del estudio de la anterior normatividad se deduce, entonces, que la ejecutoria del acto administrativo recurrible no depende de que el recurso interpuesto en tiempo sea próspero, sino de que se haya interpuesto. En efecto, la torpeza del recurrente, en cuanto a la forma o el fondo de la impugnación, no retrotrae la firmeza del acto o la fecha en que ésta se hubiera concretado si no se hubiera recurrido la decisión, porque lo que interrumpe el término de ejecutoria no es la prosperidad del recurso, sino su existencia. Por este motivo, acierta la providencia suplicada cuando afirma que "la interposición errónea de un recurso no interrumpe el término de ejecutoria de los actos administrativos" (fl. 46, C. 1).

Por lo demás, conviene rectificar la tesis que sustenta el auto suplicado según la cual la interposición oportuna del recurso de reposición, que no es obligatorio para agotar la vía gubernativa, implica un "anómalo sistema" para impedir la ejecución del acto administrativo "contra toda previsión legal", pues no hay ninguna norma que así lo prevea y, por el contrario, del estudio de las disposiciones legales mencionadas se deduce que el de reposición es un recurso legítimo que cuando fracasa no impide, sino que posterga, la firmeza del acto impugnado.

Lo expuesto se torna indiscutible si se considera, como es forzoso hacerlo, que el propio acusado en su artículo cuarto, al expresar que "contra la presente providencia *puede interponerse únicamente el recurso de reposición*", indicó a la sociedad actora el camino que podía recorrer y que ésta, efectivamente, transitó.

De lo anteriormente expresado se concluye que, en el caso *sub júdice*, el término de caducidad empezó a correr a partir de la *notificación* de la decisión que se tomó respecto del recurso de reposición interpuesto oportunamente por el interesado, ahora demandante.

Según el texto de la constancia de la Secretaría Jurídica de la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Minas y Energía que obra a folio 9 vuelto de este cuaderno, el edicto mediante el cual se hizo la notificación mencionada se desfijó el 12 de junio de 1986. Luego el lapso de los cuatro (4) meses vencía el domingo 12 de octubre siguiente, término que por mandato del artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, se prorrogó hasta el martes catorce (14), porque el lunes trece (13) también fue festivo (Ley 51 de 1983, art. 1º). Como la demanda se presentó ese día catorce (14) de octubre de 1986 (fl. 42 vto. C. 1), la acción se promovió en tiempo, pues aún no había caducado. En este sentido prosperará la súplica interpuesta.

Como, por otra parte, la demanda presentada en tiempo reúne los demás requisitos formales se dispondrá su admisión.

IV. De la suspensión provisional:

La sociedad demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado fundada en el hecho de que es manifiestamente inconstitucional porque viola el artículo 26 de la Carta Política, e ilegal porque desconoce ostensiblemente el contenido de los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo.

Dijo, además, que las mencionadas disposiciones han sido violadas por el acto cuestionado, porque éste revocó un acto administrativo creador de una situación jurídica de carácter particular, y concreto, en cuanto resolvió "dejar sin efecto la Resolución número 000769 del 24 de junio de 1985, mediante la cual se fijó un nuevo término para comprobar la capacidad económica y técnica" de la sociedad Minas Maturín Ltda., en orden a obtener una licencia de exploración técnica de carbón. Agregó que tal revocatoria se hizo sin previo consentimiento expreso y escrito de la sociedad mencionada, como lo exige el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo y sin observar el procedimiento ordenado por el artículo 74 del mismo estatuto, todo lo cual le impidió ejercer el derecho de defensa garantizado por el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Procede la Sala a decidir la solicitud de suspensión provisional, con fundamento en las siguientes razones:

A) Del texto de la Resolución acusada (fls. 5, 6, C. 1) se observa que la administración consideró "manifiestamente ilegal la Resolución número 00769 del 24 de junio de 1985, según la cual extemporáneamente se fijó nuevo término para demostrar la citada capacidad (económica), por mandato del artículo 9 de la Resolución número 000169

del 2 de febrero del mismo año" y por tal motivo consideró que debía "dejarse sin efecto" la Resolución 769, como en efecto lo dispuso el acto demandado en su artículo *segundo*.

En la misma Resolución se dispuso rechazar la solicitud de licencia para la exploración y declarar libre la zona correspondiente (arts. *primero* y *tercero*);

B) Para saber si la administración podía unilateralmente revocar o "dejar sin efecto" la Resolución número 769, que consideró manifiestamente ilegal, es necesario verificar si ésta creó o no una situación jurídica de carácter particular y concreto, cuando concedió a la sociedad demandante, en su calidad de interesada en la solicitud de Licencia número 3548 para la exploración de carbón, el término de un mes para que comprobara su capacidad económica y técnica. La Sala estima que la Resolución 769 al conceder tal plazo, sí creó una situación jurídica subjetiva, protegida por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, consistente en la facultad de poder presentar, en los formularios al efecto diseñados por el Ministerio de Minas y Petróleos, los estudios e informaciones tendientes a demostrar su capacidad económica y técnica para explorar y explotar minas de propiedad de la Nación, de conformidad con el artículo 7º del Decreto 3050 de 1984;

C) Se concluye, entonces que el Ministerio de Minas y Energía no podía desconocer o revocar libremente, sino con estricta sujeción a las previsiones contenidas en los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, la mencionada Resolución 769. Y como así no procedió el Ministerio de Minas y Energía sino que, al contrario, mediante el acto impugnado resolvió rechazar la solicitud de Licencia número 3548, dejar sin efectos la Resolución 769 antes citada y declarar libre la zona correspondiente a la prenombrada solicitud de licencia, viénese en conclusión que la Resolución acusada violó de manera ostensible y flagrante los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo que en forma precisa y clara regulan de qué manera y mediante el cumplimiento de cuáles requisitos puede la administración revocar y privar de efectos jurídicos a un acto suyo anterior que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, a saber: Obteniendo el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular y adelantando la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes del Código Contencioso Administrativo, siempre que no se trate de actos resultantes de la aplicación del silencio administrativo positivo como, evidentemente, no es el caso de la Resolución impugnada. Por consiguiente, esta Sala de Decisión accederá a ordenar la suspensión provisional solicitada, habida cuenta de que, además, la sociedad actora demostró en forma sumaria el perjuicio que podría experimentar si se mantiene en vigor el acto que impugna mediante la acción consagrada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia

Se resuelve:

Primero: Revócase el auto suplicado, proferido por el Consejero conductor del proceso, de fecha primero de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Segundo: Por venir formalmente ajustada a la ley, *admítese* la anterior demanda de nulidad con restablecimiento del derecho que formula la sociedad "Minas Maturín Limitada", por conducto de apoderado, contra la Resolución número 1203 de fecha cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), expedida por el Ministerio de Minas y Energía (Dirección General de Asuntos Legales, División Legal de Minas).

Tercero: Decrétase la suspensión provisional del acto impugnado.

La suspensión provisional aquí decretada se extinguirá pasados treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, si la parte actora no continúa las siguientes propias del proceso (C. C. A., art. 156).

Cuarto: Notifíquese personalmente esta providencia al señor Agente del Ministerio Público.

Quinto: Notifíquese personalmente al señor Ministro de Minas y Energía en los términos y forma previstos por los artículos 149 y 150 del Código Contencioso Administrativo.

Sexto: Fíjese en lista el presente negocio por el término de diez (10) días para los efectos señalados en el numeral 3 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Séptimo: Por la Secretaría solicítese al Ministerio de Minas y Energía (Dirección General de Asuntos Legales, División Legal de Minas), el envío de todos los antecedentes administrativos concernientes al acto acusado.

Cópiese y notifíquese.

Julio César Uribe Acosta, Presidente; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

SINDICATOS. PERSONERIA JURIDICA Y ESTATUTOS (Suspensión provisional).—

1º Requisitos para la obtención de la personería jurídica.

2º Reconocimiento de personería: ¿A qué está condicionada?

3º Estatutos: Exigencia legal.

Suspéndese provisionalmente la Resolución 04571 de diciembre 31 de 1985, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en relación con el Sindicato de Trabajadores de la Industria de Colombia —SINTRATUR—.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyecto: Doctor *José Alberto Roldán B.*, Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 2372. Unica instancia. Suspensión provisional. Actor Guillermo Rodríguez Sabogal.

Admítese la demanda promovida por el señor Guillermo Rodríguez Sabogal, por conducto de apoderado.

Para su trámite se dispone:

1. Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Fiscal Cuarto, al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al representante legal del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Turística de Colombia, "SINTRATUR", con domicilio en Cali. Para esta última notificación se comisiona al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Líbrese el despacho comisorio con los insertos del caso.

2. Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para los efectos legales pertinentes.

3. Por la Secretaría, solicítense al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social los antecedentes administrativos.

Suspensión provisional:

La solicita el accionante alegando que el acto enjuiciado contraría precisas normas del Código Sustantivo del Trabajo, lo que especifica en la siguiente forma:

1. "El artículo 2º de los estatutos aprobados viola en forma ostensible y manifiesta el artículo 394 del Código Sustantivo del Trabajo al determinar que los gastos ordinarios del Sindicato estarían incluidos en el presupuesto aprobado, 'que regirá durante un período de dos años' ".

El lapso bienal del presupuesto sindical —continúa el actor— "contradice abiertamente lo indicado en la citada norma..." (fl. 52).

2. "En igual forma puede predicarse que los estatutos de SINTRATUR violan protuberadamente la ley, al comparar su artículo 4º que expresa que la agremiación podrá adquirir bienes muebles e inmuebles 'para el desarrollo de empresas propias o confinanciadas por el Estado, en el sector privado nacional y extranjero...", con lo estatuido al respecto por el artículo 355 del Código Sustantivo del Trabajo..." (fl. 53).

3. "Es también un choque claro con la norma superior lo determinado en el parágrafo único del artículo 29 de los estatutos sindicales, que dice:

"No obstante lo dispuesto en el presente artículo, los miembros suplentes de la junta directiva nacional o de las subdirectivas seccionales, podrá (sic) asistir a todas las reuniones con derecho a voz y voto'.

"Esta disposición estatutaria, que equipara a los miembros principales con sus suplentes y que permite ejercer sus funciones simultáneamente tanto a los unos como a los otros, al consagrar el voto para los suplentes en las reuniones de los principales, quebranta la parte final del inciso 1º del artículo 390 del Código Sustantivo del Trabajo, que determina que los suplentes entrarán a reemplazar a los miembros principales de la junta directiva por el resto del período, cuando los principales son removidos" (fl. 53).

4. "El aparte f) del prenombrado artículo (se refiere al art. 2º) indica que del sindicato pueden ser miembros 'los fabricantes de artesanías y artículos varios, cuyo mercado está ligado al turismo de ferias y exposiciones...'.

"La anterior determinación no hace cosa diferente a consagrar la existencia de un sindicato mixto, integrado simultáneamente por trabajadores y empleadores, toda vez que no puede aseverarse válidamente que los fabricantes de artesanías y artículos varios sean individuos que presten servicios a una empresa, pues en realidad son patronos o al menos empleadores potenciales. Por tanto, viola claramente lo consagrado en el artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo, que califica al sindicato de industria como el formado por trabajadores que prestan sus servicios en varias empresas de una misma rama industrial. A la vez quebranta el artículo 353 *ibídem*, que auspicia la formación de organizaciones patronales y de sindicatos de trabajadores, pero no la agremiación de un solo ente de unos y otros, las cuales desvirtuarían la esencia de esta última norma, en detrimento de los trabajadores y aún de los patronos, por tener intereses diferentes, generalmente opuestos" (fls. 53-54).

Concluye el accionante:

"Como aparece a primera vista, sin necesidad de recurrir a razonamientos y disquisiciones profundas, el quebrantamiento de la ley por la Resolución ministerial impugnada, que aprobó en su integridad unos estatutos sindicales e ilegales en muchos de sus aspectos, que subvertió el orden jurídico al otorgar personería jurídica a un sindicato mixto, con posibilidades de constituirse en una empresa con ánimo de lucro, nos lleva a la conclusión de la viabilidad de la suspensión provisional del acto administrativo que lo propició" (fls. 54-55).

Según se lee en el texto del acto acusado, que es la Resolución número 04571 de diciembre 31 de 1985, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reconoce personería jurídica a "la organización sindical de primer grado y de industria denominada Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Turística de Colombia 'Sintratur'"; aprueba sus estatutos, "adoptados en reunión constitutiva celebrada en la ciudad de Cali el día 25 de noviembre de 1983, por no ser contrarios a la Constitución, las leyes o las buenas costumbres" y ordena a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo "la anotación e inscripción en el Registro Sindical de la Directiva".

En su artículo quinto dispone, además:

"Los estatutos aquí aprobados contenidos en los folios 29 a 57 del expediente respectivo hacen parte integrante de esta Resolución" (fls. 4-6).

Ciertamente la obtención de personería jurídica por parte de un sindicato exige a éste el acreditar el cumplimiento previo de una serie de requisitos, que incluyen la presentación al Ministerio del Trabajo de documentos tales como las actas de fundación, de elección de junta directiva provisional y de aprobación de los estatutos, acompañando ejemplares de éstos, nómina de la junta directiva y del personal de afiliados y la certificación del Inspector del Trabajo sobre inexistencia de un sindicato paralelo y sobre la calidad de patronos o trabajadores de los fundadores, etc., según determina el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por otra parte, señala el artículo 366 de la misma obra que "el Ministerio del Trabajo reconocerá la personería jurídica, *salvo el caso de que los estatutos del sindicato sean contrarios a la Constitución, a las leyes o las buenas costumbres o contravengan disposiciones especiales de este Código*".

Quiere decir lo anterior, sin lugar a dudas, que el reconocimiento de la personería jurídica está condicionado expresamente a que los estatutos del sindicato no sean contrarios a la Constitución, a las leyes o a las buenas costumbres ni contravengan disposiciones especiales del Código Sustantivo del Trabajo.

De no ser así, vale decir, si los estatutos de un sindicato no se ajustan plenamente a esta exigencia legal, el reconocimiento de la personería jurídica está viciado de nulidad.

Viniendo al caso de autos, ciertamente no anda descaminado el accionante cuando apunta visibles incongruencias entre el texto de algunas disposiciones estatutarias y normas expresas del Código Sustantivo del Trabajo.

Ha sido la Corporación muy cautelosa respecto de la suspensión provisional de actos sometidos a su consideración, justamente para evitar prejuzgamientos que harían nugatoria la actuación procesal subsiguiente o para evitar decisiones precipitadas que, tras producir consecuencias luego irreparables, hayan de ser revocadas posteriormente al disponerse de elementos de juicio aportados por el acervo probatorio o las alegaciones de las partes, dentro de los principios de publicidad y contradicción, esenciales al proceso.

No es el caso del *sub lite*, en que está fuera de duda que algunos artículos de los estatutos del sindicato en referencia abiertamente contradicen precisas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual, sin que ello constituya un pronunciamiento definitivo, estima este despacho que es procedente la suspensión provisional impetrada.

En tal virtud, se dispone la *suspensión provisional* de la Resolución número 04571 de diciembre 31 de 1985, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en relación con el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Turística de Colombia —SINTRATUR—.

Notifíquese y cúmplase.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SINDICATOS. REPRESENTACION SINDICAL (Suspensión provisional). —

Artículo 26 del Decreto 2351 de 1965. Regulación. Suspéndese provisionalmente, los efectos de la Resolución 04247 del 13 de noviembre de 1986 proferida por el Director General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 2595. Resoluciones Ministeriales. Actor:

Sindicato de Trabajadores Noel.

Se le reconoce personería al abogado Lino Acevedo Gómez como apoderado del Sindicato de Trabajadores Noel.

La parte demandante solicita la suspensión provisional "del acto complejo glosado en esta demanda y en cuanto la Resolución número 04247 de 13 de noviembre de 1986 expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, revocó la Resolución número 0018 de mayo 18 de 1986, emanada del Jefe de la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del mismo Ministerio, acto éste que reconoció al 'Sindicato de Trabajadores Noel', ... como la que tiene la representación para la discusión del pliego de peticiones presentado en mayo 27 de 1983 a la empresa 'Industrias Alimenticias Noel S. A.', conminándola con los apremios de multa en la forma legal, de negarse a discutir el pliego según las etapas de negociación colectiva".

Para resolver

Se considera:

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, exige para la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, tratándose de una acción distinta de la de nulidad, como la de restablecimiento del derecho que se ejercita, que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas y comprobado, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor.

Las pruebas aportadas acreditan:

1. El 28 de abril de 1983 el Sindicato de Trabajadores de la Industria de Panaderías y Reposterías de Antioquia efectuó una asamblea general con el fin de elegir su junta directiva, reunión que a la postre fue declarada nula por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en Antioquia, mediante las Resoluciones 0384 del 6 de octubre, 0411 del 8 de noviembre y 0436 del 9 de diciembre de aquel año, fuera de que se declaró en la primera de ellas: "Que los trabajadores que laboran en la empresa Industrias Alimenticias Noel S. A. no pueden pertenecer" al mencionado sindicato (fls. 144, 96 y 101). Las Resoluciones anteriores se encuentran en firme.

2. El 12 de mayo del mismo año el Sindicato de Trabajadores Noel adoptó en asamblea general un pliego de peticiones, provocando un conflicto colectivo al presentarlo al patrono el día 27 siguiente (fl. 49).

3. El Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia en un proceso promovido por dicho patrono, pero dicha sentencia no se relaciona con las Resoluciones a que se refiere el numeral 1 de estos considerandos (fls. 11 y ss.).

4. El 2 de mayo de 1986 se publicó en el Diario Oficial la Resolución 3095 del 9 de octubre de 1985 que le reconoció la personería jurídica al Sindicato de Industrias Alimenticias de Antioquia, en el cual están afiliados 122 trabajadores de la sociedad Industrias Alimenticias Noel S. A. (fl. 5).

5. El 19 de mayo de 1986 el Jefe de la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del Ministerio respectivo, por Resolución 00018 reconoció a la organización sindical demandante como el sindicato que tiene la representación "para la discusión del pliego de peticiones presentado en mayo 27 de 1983" y, consecuentemente, que la sociedad Industrias Alimenticias Noel S. A. está obligada a discutirlo. Recurrida en reposición y apelación, fue confirmada por la Resolución 00033 y revocada, en apelación, por la 04247 del 13 de noviembre de 1986 emitida por el Director General del Trabajo, cuya parte pertinente dice:

"Demostrado que el Sindicato de Trabajadores de Noel S. A. era una organización con número de afiliados inferior a la mayoría de los trabajadores de Industrias Alimenticias Noel S. A. que coexistía con el Sindicato de Trabajadores de Panaderías y Reposterías de Antioquia, también minoritario, y que, no obstante lo anterior se abrogó (sic) la representación de los trabajadores adoptando un pliego de peticiones que debió adoptarse y presentarse conjuntamente, forzoso resulta concluir que ahora le asistiría la razón al Sindicato si se hubiera corregido el procedimiento en tal forma de reiniciarlo, observando los pasos que señala el numeral 4º, artículo 17 del Decreto 1373 de 1966".

De todo lo anterior se puede concluir:

Cuando el 12 y 27 de mayo de 1983 se adoptó y presentó el pliego de peticiones, *jurídicamente* el sindicato demandante era la única organización sindical con vocación para provocar el conflicto colectivo y para discutirlo, como consecuencia de que ningún trabajador de Industrias Alimenticias Noel S. A. podía formar parte del Sindicato de Trabajadores de la Industria de Panaderías y Reposterías de Antioquia.

Luego, es manifiesta la violación del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965 en que incurre la Resolución 04247 acusada, cuando parte del supuesto contrario, como quedó transcrito, desconociendo los efectos de las Resoluciones 0384, 0411 y 0436 ya mencionadas.

De otro lado, el perjuicio que sufre el sindicato demandante con la expedición de la Resolución 04247 resulta obvio.

Consecuentemente, se suspenderán los efectos del acto administrativo últimamente indicado.

En mérito de lo dicho

Se dispone:

1º Suspéndense, provisionalmente, los efectos de la Resolución 04247 del 13 de noviembre de 1986 proferida por el Director General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

2º Admítese la demanda presentada.

3º Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y a los representantes legales de Industrias Alimenticias Noel S. A., Sindicato de Trabajadores de las Industrias de Panaderías y Reposterías de Antioquia y Sindicato de Trabajadores de la Industria Alimenticia de Antioquia y por estado. Para las tres últimas notificaciones personales se comisiona al Tribunal Administrativo de Antioquia. Líbrese el oficio respectivo con los anexos del caso.

4º Fíjese en lista por el término de 10 días para los efectos del artículo 207,3 del Código Contencioso Administrativo.

5º Solicítense los antecedentes administrativos de los actos acusados.

6º Comuníquese la suspensión provisional.

Además, cúmplase.

Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CAPITULO QUINTO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

FONDO DE CAPACITACION POPULAR DE INRAVISION. PERSONERIA JURIDICA.—

Carece de ella. El, es parte integrante del establecimiento público denominado INRAVISION, quien sí tiene personería jurídica.

NACION. PERSONERIA JURIDICA (art. 80 de la Ley 153 de 1887).

La Nación no responde por las obligaciones discutidas en juicio en contra de los establecimientos públicos.

FALTA DE LEGITIMACION EN CAUSA PASIVA.

Se presenta cuando no existe identidad entre la persona demandada y aquella conforme a la ley debe ser llamada a responder por lo pretendido en juicio.

LEGITIMATIO AD PROCESUM Y LEGITIMATIO AD CAUSAM. *Ausencia. Consecuencias del fallo.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*
Proyecto: Doctor *Roberto Salgado,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 237 (9063). Autoridades Nacionales.

Reconstrucción. Actor: Armando Chaves Vargas.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de febrero de 1983, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, promovió Armando Chaves Vargas.

Pidió el actor que previa citación del Agente del Ministerio Público "y del señor Director del Fondo de Capacitación Popular del Instituto Nacional de Radio y Televisión", se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que es nula la Resolución número 042 de 18 marzo de 1981, proferida por la Dirección del Fondo de Capacitación Popular de Inravisión, en cuanto por ella se declara insubsistente el nombramiento del doctor Armando Chaves Vargas, Jefe de Sección V del citado Fondo.

"*Segunda.* Que, como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Dirección del Fondo de Capacitación Popular de Inravisión, reintegrar al doctor Armando Chaves Vargas, al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y remuneración.

"*Tercera.* Que, igualmente, como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación —Fondo de Capacitación Popular del Instituto Nacional de Radio y Televisión—, a reconocer y pagar al doctor Armando Chaves Vargas, los sueldos, primas, subsidios, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el 19 de marzo de 1981, hasta el día en que efectivamente sea reintegrado al servicio oficial.

"*Cuarta.* Que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación por el actor, para todos los efectos legales y en especial para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales".

Los hechos fueron expuestos así:

"1º El actor entró a prestar sus servicios a la Nación, Fondo de Capacitación Popular del Instituto Nacional de Radio y Televisión, el día 16 de enero de 1970, en virtud de nombramiento que le fuera hecho en legal forma y previa la correspondiente posesión de su cargo.

"2º Estando el demandante desempeñando el cargo de Jefe de Sección V en el Fondo de Capacitación Popular de Inravisión, el Director de dicho organismo mediante la Resolución acusada, declaró insubsistente el nombramiento de mi representado, sin que mediara justa causa para ello y sin la observancia de un procedimiento disciplinario legal.

"3º El actor durante su permanencia en el cargo para el cual fue nombrado, se distinguió por ser un funcionario cumplidor de sus deberes y por su buena conducta, razón por la cual nunca fue sancionado disciplinariamente" (fls. 3 y 4).

Las disposiciones violadas y el concepto de la violación fueron expresados a folos 4 a 7 de los autos.

En el capítulo que denominó *notificaciones* fuera de indicarse donde las recibiría la parte demandante se expresó:

"Al señor Director del Fondo de Capacitación Popular de Inravisión se le pueden hacer en su despacho de la Carrera 14 número 63-09".

Tramitada la instancia se resuelve el recurso de apelación previas las siguientes

Consideraciones:

La lectura de las pretensiones de la demanda, del hecho primero y del aparte de las notificaciones transcrito, indica, en forma inequívoca, que el actor tiene como parte demandada al Fondo de Capacitación Popular de Inravisión y la Nación —Fondo de Capacitación Popular Inravisión—.

Ocurre, sin embargo, que al mencionado Fondo de Capacitación Popular de Inravisión ninguna norma le ha conferido personería jurí-

dica que le permita ser sujeto de derechos y obligaciones y, por ende, con capacidad para ser parte en un proceso judicial.

Como bien se afirma en el capítulo del concepto de violación de las disposiciones citadas en la demanda (fls. 4 a 1 final), el Fondo Nacional de Capacitación Popular es parte integrante del establecimiento público denominado Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, de donde se infiere lógicamente que era a dicho establecimiento público a quien ha debido demandarse y, además, el llamado por la ley a responder por lo pretendido en tanto que fue en una de sus dependencias donde prestó sus servicios el actor, a pesar de que se afirme en la demanda que fue para la Nación.

La Nación, *como persona jurídica*, es diferente de cualquiera de los establecimientos públicos nacionales creados por la ley con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, por lo cual no es posible pretender, sin que la ley lo haya ordenado así, que deba responder por las obligaciones discutidas en juicio en contra de algunos de ellos.

Respecto de la Nación, la figura procesal del asunto en examen no es la falta de capacidad para ser parte y para comparecer en juicio como sucedió con la dependencia denominada Fondo de Capacitación Popular de Inravisión, pues, aquella sí tiene personería jurídica con arreglo al artículo 80 de la Ley 153 de 1887, sino la falta de legitimación en la causa pasiva, la cual se presenta cuando no existe identidad entre la persona demandada y aquella a quien conforme a la ley debe ser llamada a responder por lo pretendido en juicio.

Se tiene, entonces, que si la ausencia del presupuesto procesal capacidad para ser parte debe conducir a una decisión inhibitoria, no ocurre lo propio cuando la figura presentada es la falta de legitimación en la causa que genera fallo de fondo, pero negativo de las pretensiones de la demanda. De ahí que, no pudiendo adoptarse una sola decisión, se deba resolver el asunto con la correspondiente tanto para el mencionado Fondo como para la Nación.

En mérito de lo dicho, 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 el fallo apelado y, en su lugar, se dispone:

1º Declárase inhibido para un pronunciamiento de mérito en relación con el Fondo de Capacitación Popular de Inravisión.

2º Niéganse las pretensiones respecto de la Nación.

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 16 de enero de 1987.

Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TIEMPO DE SERVICIO OFICIAL. PRUEBA TESTIMONIAL.— La Ley 50 de 1886 estipula que tal medio probatorio sólo es de recibo cuando no existan documentos oficiales.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 501-7175. Autoridades Nacionales. Actor: Neftalí Ramírez Martínez.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 19 de marzo de 1982, por medio de la cual se negaron las pretensiones que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, había formulado el señor Neftalí Ramírez Martínez.

Las peticiones del demandante son estas:

"*Primero.* Que son nulas las Resoluciones números 4789 de 1977 y 0049 de 1979 proferidas por la Caja Nacional de Previsión, en virtud de las cuales se negó a mi mandante un auxilio de pensión por jubilación.

"*Segundo.* Que como consecuencia de la nulidad declarada por ilegalidad de los actos administrativos acusados, se condene a la Caja Nacional de Previsión, representada por su actual Director General, doctor Ernesto Arango Palacio, mayor y de esta vecindad, quien tiene sus oficinas en la avenida Eldorado con carrera 60, o quien haga sus veces a reconocer y pagar a favor del señor Neftalí Ramírez Martínez un auxilio de pensión jubilatoria en cuantía igual al salario mínimo legal y con efectividad a partir del 18 de julio de 1974, . . ." (fl. 10).

En la demanda se afirmaron los siguientes hechos:

"1º El señor Neftalí Ramírez Martínez estuvo prestando sus servicios al Estado durante un lapso de 20 años, 2 meses y 21 días, habiendo sido el último cargo el de Recaudador de Impuestos IV-17 de El Colegio, dependiente de la Administración de Impuestos Nacionales, el que ejerció hasta el 17 de julio de 1974.

"2º Durante el último año de servicios mi representado devengó los primeros seis meses a razón de $ 3.280.oo y durante los otros seis meses a $ 4.590.oo moneda corriente mensuales, más una prima de Navidad igual a la última asignación, como aparece demostrado al folio 30 del expediente.

"3º El señor Ramírez Martínez no devenga en la actualidad pensión ni recompensa del Tesoro Nacional.

"4º Mi mandante cumplió 55 años de edad el 10 de noviembre de 1971 tal como se infiere de la partida de nacimiento que obra en el expediente administrativo en donde aparece que nació el 10 de noviembre de 1916.

"5º Según todo lo anterior mi poderdante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión mensual de jubilación, por lo cual y en ejercicio del poder que me confirió el 26 de abril de 1976, solicité a la Caja Nacional de Previsión que decretara dicha prestación.

"6º La mencionada Caja para resolver la petición a que se refiere el hecho anterior dictó la Resolución 4789 de 1977 negando el auxilio solicitado. De esta providencia me notifiqué en la debida oportunidad y contra ella interpuse recurso de apelación.

"7º El recurso a que me acabo de referir fue desatado por la demandada por Resolución 0049 del año en curso, confirmando la providencia impugnada. De ésta me notifiqué el 28 de agosto del presente año, es decir, se halla ejecutoriada y agotada la vía gubernativa" (fls. 10 y 11).

Las disposiciones violadas y el concepto de la violación aparecen expresados en los folios 11 y 12 así:

"Cito como disposiciones legales que fueron violadas por la Caja Nacional de Previsión al proferir los actos acusados, los artículos 68 y 73 del Decreto número 1848 de 1969, en armonía con las normas pertinentes del Decreto 3135 de 1968, y el artículo 2º de la Ley 4ª de 1976.

"*Concepto de la violación.* La demandada, al proferir estos actos violó, en primer lugar el artículo 68 del mencionado Decreto 1948, toda vez que esta norma dispone que el empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante 20 años, continua o discontinuamente, a entidades de derecho público tiene derecho a gozar de una pensión de jubilación al cumplir los 55 años de edad, si es varón y, en el presente caso se tiene precisamente que el señor Ramírez Martínez prestó sus servicios al Estado durante un lapso de 20 años, 2 meses y 21 días y cumplió 55 años de edad el 10 de noviembre de 1971, vale decir, satisfizo los dos presupuestos exigidos por el artículo 68 en comentario, de tal suerte que al negársele el auxilio impetrado la Caja quebrantó en forma ostensible este texto legal. Se agrega a ello el hecho de que la entidad obligada a reconocer esta prestación es la mencionada Caja, ya que por haber desempeñado el actor el último cargo como Recaudador de Impuestos Nacionales era afiliado forzoso a la citada entidad de previsión.

"Como consecuencia de la violación del artículo 68 se quebrantó igualmente el artículo 73 del Decreto en comentario y el artículo 2º de la Ley 4ª de 1976 ya que la primera de estas disposiciones ordena que el monto de la pensión será el equivalente al 75% del promedio del artículo 2º de la Ley 4ª en comentario dispone que en ningún caso la pensión será inferior al salario mínimo legal más alto; quiere esto decir que como en el caso *sub júdice* al efectuarse las correspondientes operaciones aritméticas esta prestación quedaría por debajo del salario

mínimo legal, automáticamente debe elevarse la prestación a dicho salario, según el ordenamiento de la mencionada Ley 4ª.

"La Caja Nacional de Previsión al negar esta prestación, en su Resolución 4739, solamente se limitó a tomar en cuenta los servicios prestados por el actor que aparecieron debidamente certificados y que obran en el expediente administrativo, dando un total de 18 años, 1 mes y 21 días y se negó a tener en cuenta los servicios que prestó como Auxiliar de Tesorería del Municipio de Pulí durante el lapso comprendido entre el 1º de julio de 1937 y el 30 de agosto de 1938 y de septiembre 1º de 1939 a julio de 1940 (2 años, 1 mes) que fueron acreditados mediante prueba supletoria o declaraciones de testigos, recepcionados en legal forma.

"Sostiene la demanda que las declaraciones extrajudiciales aportadas a los autos no reúnen los requisitos exigidos por la Ley 50 de 1886, que en el presente caso los archivos no han desaparecido por lo cual no es admisible la prueba testimonial; que la Contraloría del Departamento de Cundinamarca certificó que el nombre del señor Neftalí Ramírez Martínez no aparece incluido en las nóminas de los empleados municipales de Pulí durante los períodos que no se certifican entre enero de 1934 y febrero de 1941.

"En el caso *sub júdice* se agotó plenamente la prueba principal ya que en los autos obran en primer lugar la certificación expedida por el señor Alcalde de Pulí (fl. 21) en donde se hace constar que los archivos desaparecieron por la acción del tiempo y por el fuego, pero que al ser interrogados varios vecinos que merecen credibilidad por su edad y honorabilidad, manifestaron ser un hecho real haber conocido al señor Ramírez M., prestando ese servicio; en segundo lugar, al folio 22 aparece la certificación del señor Tesorero Municipal en donde se manifiesta que sólo hay archivos en esa oficina a partir de 1958.

"Es bien sabido que los archivos de la Contraloría General del Departamento de Cundinamarca se hallas (sic) incompletos y así lo he demostrado en varias oportunidades en demandas similares a la que nos ocupa; de tal suerte que al aceptar la Caja Nacional de Previsión esta certificación sin beneficio de inventario está, de una parte, lesionando los intereses de mi mandante y, de la otra, violando expresos mandatos legales.

"Las personas que aparecen declarando en este negocio son muy conocidas en la región de Pulí, muy estimadas y respetadas por sus antecedentes acrisolados de honorabilidad y no dejan la menor duda de que han dicho la verdad y nada más que la verdad. No sería posible desvirtuar una declaración, por ejemplo como la del señor Efraín Lombana quien manifiesta que cuando él estuvo de Tesorero de Pulí el señor Neftalí Ramírez Martínez fue su empleado y así todas las demás. Una prueba testimonial proveniente de personas tan honorables como las que aquí declaran no puede ser desestimada tan a la ligera y debe dársele el valor probatorio que la ley le asigna.

"Con los anteriores y breves razonamientos dejo demostrada la vilación (sic) de las normas legales en que incurrió la Caja Nacional de Previsión al proferir los actos acusados, por lo cual se impone

declarar su nulidad y ordenar el restablecimiento del derecho condenándola a pagar a favor de mi mandante el auxilio impetrado" (fls. 11 y 12).

Las consideraciones del fallo apelado. Por ser atinadas, estima la Sala oportuno transcribir las razones aducidas por el Tribunal del conocimiento para negar las peticiones del demandante. Dijo el Tribunal:

"El actor señor Neftalí Ramírez Martínez pretende que le sea reconocida una pensión de jubilación, a la que afirma tener derecho por haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por la ley para tal efecto.

"A folios 9 a 13 del expediente obran en fotocopias auténticas los actos demandados es decir, las Resoluciones 3789 de 13 de diciembre de 1977 y 0049 de mayo de 1979, mediante las cuales la Caja Nacional de Previsión negó al actor el reconocimiento y pago de pensión mensual de jubilación pedidas.

"Fundamenta la entidad demandada su negativa en el hecho de que el actor demostró que reúne el requisito de 55 años de edad pero no 20 años de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales señaladas por la ley para tener derecho a gozar de la pensión de jubilación, conforme al artículo 68 del Decreto 1848 de 1969.

"De las pruebas allegadas a los autos se comprueba que en efecto el señor Neftalí Ramírez Martínez tiene más de 55 años, pues nació el 16 de mayo de 1916 y las certificaciones que obran a folios 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13 y 23 del cuaderno administrativo comprueban que laboró al servicio del Estado por espacio de 18 años, un mes y veinte días.

"Afirma el actor haber trabajado como Auxiliar de la Tesorería del Municipio de Pulí por tiempos comprendidos entre los meses de julio de 1937 y agosto de 1938 y desde septiembre de 1939 hasta julio de 1940.

"Sin embargo, a folio 13 del cuaderno administrativo obra una certificación de la Secretaría General de la Contraloría de Cundinamarca según la cual "el nombre del señor Neftalí Ramírez Martínez no aparece incluido en las nóminas de los empleados municipales de Pulí durante los períodos que no se certifican entre enero de 1934 y febrero 14 de 1941", y a folio 35 del cuaderno principal aparece una certificación expedida por el Secretario General, Jefe de Personal de la Contraloría General del Departamento en la que se da cuenta de que el cargo de Auxiliar de la Tesorería Municipal de Pulí, que dice el demandante haber desempeñado entre mayo 7 de 1936 y septiembre 10 de 1940, no existía en ese tiempo.

"Del análisis de lo anterior puede concluirse que existiendo la prueba principal, en este caso las nóminas de los empleados municipales de Pulí de 1934 a 1941, las que reposan en los archivos que se conservan en la Gobernación de Cundinamarca, no puede acudir a la prueba supletoria. Lo que de tal prueba resulte, se debe aceptar en lo

favorable y en lo desfavorable y no como el actor pretende, o sea que se tenga en cuenta el tiempo certificado a su favor mientras en cuanto al tiempo en que no consta que estuviera vinculado a la administración pide que se acepte la prueba supletoria.

"En estas condiciones es evidente que el acto demandado se ajusta a la ley, como lo dice el colaborador fiscal en su concepto" (fls. 7 a 9).

Tramitada la instancia y reconstruido el proceso por la circunstancia de haber desaparecido en ocasión de los hechos sucedidos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, se resuelve el recurso previas las siguientes

Consideraciones:

La Sala habrá de confirmar la sentencia apelada toda vez que las consideraciones que se transcribieron son un fiel reflejo de las pruebas que obran en el expediente y de las normas aplicables al caso, situación que durante el trámite del recurso interpuesto no tuvo variación alguna, pues la prueba pericial pedida por el apelante no pudo llevarse a cabo, conforme puede verificarse en el oficio del Instituto de Medicina Legal de Bogotá (fl. 136).

Como se desprende de lo afirmado en la demanda, el actor aspira a demostrar los siguientes tiempos de servicio: Del 1º de julio de 1937 al 30 de agosto de 1938 y del 1º de septiembre de 1939 a julio de 1940, como Auxiliar de Tesorería del Municipio de Pulí, los cuales, como lo sostienen tanto la entidad demandada como el fallo apelado no se acreditan debidamente.

Tanto la administración como el Tribunal de primera instancia tienen razón cuando no se admiten como prueba de tiempos de servicio oficial las declaraciones de los testigos que obran en los autos, precisamente porque con arreglo a las previsiones de la Ley 50 de 1886 tal medio probatorio sólo es de recibo con esa finalidad cuando no existan documentos oficiales, como copias de los actos de nombramiento, de posesión, de remoción, nóminas, etc., que los acrediten. Y, aunque el Alcalde municipal de Pulí certificó (fl. 34) sobre la inexistencia de archivos de los años 1935 a 1940, destruidos por acción del tiempo y del fuego, la Contraloría de Cundinamarca dio fe, por el contrario, en el sentido de que no se encontró el nombre del demandante en las nóminas de los empleados de dicho municipio entre enero de 1934 y febrero de 1941 (fls. 23 a 26).

No se trata de desestimar a la ligera las declaraciones de personas dignas de crédito, como se afirma en la demanda. Ocurre simplemente que, por obvias razones, la ley le confiere un valor probatorio principal a los documentos oficiales para la demostración de tiempos de servicio, siendo eficaz la prueba testimonial sólo en la hipótesis de inexistencia de tal prueba documental, situación que, como quedó visto no se presentó en este caso.

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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de enero de 1987.

Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACCIONES. TEORIA DE LOS MOTIVOS Y DE LAS FINALIDADES (Reiteración jurisprudencial).—

ACTOS JURISDICCIONALES. INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Escapan, al control de la justicia administrativa (art. 82, C. C. A.).

ACUMULACION DE PRETENSIONES.

Requisitos de acumulación (art. 82 del C. P. C. en armonía con el art. 267 del C. C. A.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 12. Actoras: Leonilde Castellanos vda. de Méndez y Carmen Angarita de Pérez.

Las señoras Leonilde Castellanos viuda de Méndez y Carmen Angarita de Pérez, por conducto de un mismo procurador judicial, en ejercicio de la acción de simple nulidad ha demandado de esta Corporación lo siguiente:

Que se declare la nulidad de los siguientes actos:

a) De la Resolución número 005 de 10 de julio de 1984 mediante la cual se designa por el Procurador Delegado en lo Civil de la Procuraduría General de la Nación a la doctora Marina Márquez de Díaz como su delegada y representante de la Nación ante el Juez 9º Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso de pertenencia adelantado por la señora Leonilde Castellanos viuda de Méndez contra la Nación;

b) De la Resolución número 0012 de 17 de agosto de 1984 por medio de la cual se nombró por el Procurador Delegado en lo Civil de la antedicha Procuraduría General a la doctora Isadora Vega Cardozo como su delegada y representante de la Nación ante la señora Juez 13 Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de pertenencia promovido contra la Nación por la señora Carmen Angarita de Pérez.

2. Que, como consecuencia de las declaratorias de nulidad precedentes se declare que toda la actuación surtida, respectivamente, por las citadas Delegadas del Procurador Delegado en lo Civil "son nulas y no causan efecto jurídico de ninguna especie".

Del mismo modo solicita la suspensión provisional de los efectos de los actos enjuiciados.

Los actos acusados

Son como se dijo, las Resoluciones número 005 y 0012 de 10 de julio y 17 de agosto de 1984, expedidas por el Procurador Delegado en lo Civil y cuyo objeto fue señalado anteriormente.

Antecedentes:

Como hechos de la demanda reseñan las demandantes los siguientes:

1. Tanto Leonilde Castellanos viuda de Pérez como Carmen Angarita de Pérez promovieron la primera, ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito y la segunda, ante el Juzgado Trece Civil del Circuito acciones de pertenencia contra la Nación en relación con sendos lotes de terreno que cada una venía poseyendo desde hace más de 45 años.

2. Notificado el auto admisorio de la demanda, el Procurador Delegado en lo Civil, en vez de asumir directamente la defensa de la Nación, resolvió careciendo de facultades para ello designar en cada caso las delegadas de que se ha hecho mención.

3. Dicho Procurador en vez de hacer "la delegación de la delegación" ha debido afrontar de manera directa la defensa de la Nación o constituir apoderados especiales.

4. Los jueces antes mencionados a pesar de la anormal representación de la Nación por el temor reverencial que le tienen a la Procuraduría General de la Nación admitieron aquella y "sus argumentos, sus recursos y en fin una serie de actos procesales que son totalmente nulos...".

5. Con la admisión de la tal supuesta representación de la Nación "... se está conculcando el derecho de defensa de mis clientes y, se les ha creado una situación en la que a los juzgados, citados en esta demanda, se les impone los argumentos de la Delegada del Delegado de la Procuraduría General de la Nación. Dichas Delegadas, tienen la facultad de acusarlos y sancionarlos, a manera de *juez y parte*. Indudablemente, una actuación como la descrita implica una vulneración y desmedro de la posición procesal de mis clientes, lo que no se compagina con un estado de derecho y una democracia como la nuestra".

Al desarrollar este punto en el acápite las disposiciones violadas, las actoras sostienen:

> "Los artículos 16 y 26 de la Constitución Nacional, tienen que ver con el derecho de defensa del ciudadano colombiano y, de las garantías sociales, dentro de un país de leyes, como lo es Colombia. Al crearse un representante especial de la *Nación* que tiene todos los poderes del Delegado en lo Civil, de la Procuraduría General de la Nación, frente a los procesos antes referidos; estamos conformando una situación de *juez y parte*, en la que el pobre particular, que se atreve a reclamarle los derechos al Estado, tiene la posición más endeble y más vulnerable. Pensamos que, en la elección de jueces la Procuraduría General de la Nación tiene un 'libro negro' mediante el cual veta a los mismos. ¿Qué pasaría a los jueces, que no le den un tratamiento especial a los Delegados de los Delegados?".

6. Dicho Procurador desconoció todo el ordenamiento procesal administrativo ya que ordenó el cumplimiento de las Resoluciones impugnadas "... sin que mediara por lo menos una formalidad de proceso administrativo en el cual se notificaron dichos actos".

Consideraciones:

Se reanuda el proceso, luego de su incineración por los sucesos de noviembre de 1985 del Palacio de Justicia y su posterior reconstrucción de conformidad con el Decreto 3825 de 1985.

Como cuestión previa al examen de la medida de suspensión precautoria impetrada, es menester pronunciarse sobre la admisión de la demanda, estado procesal en que en virtud de la reconstrucción quedó el proceso (fl. 104).

Del análisis de la demanda se concluye que no es admisible, por las siguientes razones, que habrán de tomarse sucesivamente:

I

Incompetencia de esta justicia.

No es competente la justicia administrativa para conocer de la pretensión de restablecimiento del derecho objeto de la presente demanda, que es la pertinente en el presente caso, según consideraciones y conclusiones del siguiente acápite II, por las razones que a continuación se expresan:

Si bien a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, concretamente el Consejo de Estado, corresponde conocer de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho de los actos administrativos del orden nacional expedidos por la Procuraduría General de la Nación y que carezcan de cuantía (art. 128, numerales 1 y 3 del C. C. A.), como lo son en efecto las Resoluciones 005 y 0012 de 1984 acusadas, no le compete conocer ni pronunciarse sobre la nulidad o validez de actuaciones y decisiones procedentes o surtidas ante organismos judiciales pertenecientes a la Jurisdicción Ordinaria, como son las actuaciones de las funcionarias de la Procuraduría cumplidas ante los Jueces 9º y 13 del Circuito de Bogotá y admitidas por ellos en el curso de los procesos de pertenencia promovidos independientemente por las mismas personas que figuran como demandantes en este proceso, cuya nulidad también impetran las actoras.

Es decir que, la jurisdicción contenciosa administrativa y más específicamente el Consejo de Estado, carece de competencia para conocer de las pretensiones formuladas por las dos demandantes: La declaratoria de nulidad y carencia de efecto jurídico de toda la actuación surtida ante los mencionados juzgados por las Delegadas del Procurador Delegado en lo Civil de la Procuraduría General de la Nación, por tratarse de actos jurisdiccionales que escapan, se repite, al control de la justicia administrativa.

Esta juzga actuaciones administrativas del Poder Público y nunca actos judiciales (art. 82 del C. C. A.).

II

a) Es jurisprudencia de esta Corporación que una acción de las contempladas en el Código Contencioso Administrativo es tal, no por el nombre con que se lo llame sino porque sus pretensiones corresponden realmente a las características que la tipifiquen;

b) En el evento *sub lite* se observa que no obstante expresarse que se ejerce la acción de nulidad, lo que se persigue es que se remueva la representación de la Nación en la persona de las abogadas designadas por el Procurador Delegado en lo Civil, porque a juicio de las actoras su presencia conduce a que se les desconozca el derecho de defensa, en vista de la gran ascendencia que la Procuraduría General de la Nación tiene sobre los jueces y de ahí que impetre la nulidad de las actuaciones de ellas en los respectivos procesos de pertenencia;

c) Sin entrar el Despacho a pronunciarse sobre la apreciación anterior, para éste es incuestionable que la separación de las abogadas de dichos procesos, produciría automáticamente un restablecimiento del derecho a favor de las demandantes, que consistiría en eliminar el obstáculo que a juicio de ellas significa tal intervención, y esencialmente, en suprimir la *representación de la Nación* con lo cual también se eliminaría la oposición procesal que aquella conlleva al ejercer el derecho de su defensa. Obsérvese por ejemplo que dichas delegadas en uno y otro proceso han contestado la demanda, propuesto excepciones y formulado demanda de reconvención contra las demandantes (fls. 8 a 12, 18 a 25, 34 a 40, 42 a 47, 115, 121 a 128);

d) De lo anterior surgen las siguientes consecuencias: En tratándose de una acción resarcitoria particular, el plazo que existe para ejercerse es de 4 meses "contados a partir de su publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto" (art. 136, inciso 2º del C. C. A.).

En el evento *sub lite* está demostrado que la notificación de la Resolución número 005 se surtió presuntamente, a términos del artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, el 16 de agosto de 1984 en que el doctor Vélez Gallego, apoderado de Leonilde Castellanos viuda de Méndez, descorrió el traslado de las excepciones propuestas por la señora Delegada de la Procuraduría en lo Civil ante el Juez 9º (fls. 38 a 40 y 40 vto. y 26 a 37). Luego para la fecha en que se presentó la demanda ante esta jurisdicción, esto es, el 1º de marzo de 1985 (fl. 59 vto.), la acción de restablecimiento del derecho estaba caducada.

Del mismo modo, la funcionaria de la Procuraduría en el proceso de Carmen Angarita de Pérez contestó la demanda promovida por su apoderado, doctor Vélez Gallego, el 6 de septiembre de 1984 (fls. 12 a 14 y 14 vto.) y mediante auto de *18 de septiembre de 1984* del Juez Trece Civil del Circuito aquella fue reconocida como "Delegada de la Procuraduría en lo Civil". Es decir que el referido apoderado desde la fecha de esa providencia tuvo conocimiento por notificación presunta (art. 48 citado) de la intervención judicial de dicha funcionaria en el proceso civil y desde entonces contaba con el plazo cuatrimestral para ejercer la acción resarcitoria particular. Que para la fecha en que hizo uso de ella estaba sobradamente caducada.

III

Del mismo modo en el caso *sub lite* se presenta el fenómeno procesal de acumulación indebida en una demanda de pretensiones de varias demandantes (Leonilde Castellanos viuda de Méndez y Carmen Angarita de Pérez) contra un mismo demandado (la Procuraduría General de la Nación), lo que hace que la demanda sea inepta.

En efecto:

Según el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, pueden acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre y cuando concurran estos requisitos, aunque los intereses de unos y otros sean divergentes:

a) Que provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto;

b) Que se hallen entre sí en relación de dependencia;

c) Que deban servirse de las mismas pruebas.

Observa la Sala que en el caso examinado no se da ninguno de los presupuestos fácticos anteriormente mencionados, a saber: Las pretensiones no se derivan de la misma causa, pues se trata de actos administrativos y de actuaciones distintas que tienen su origen en procesos civiles distintos (ordinarios de pertenencia) promovidos ante jueces diferentes (Juzgado 9º Civil del Circuito y Juez 13 Civil del Circuito); no versan sobre el mismo objeto, en razón de que los actos administrativos expedidos y las actuaciones surtidas por funcionarios presuntamente incompetentes ocurrieron en relación con procesos civiles distintos, adelantados sobre lotes o zonas de terrenos también diferentes; los actos administrativos acusados tampoco guardan entre sí relación de dependencia, en el sentido por ejemplo de que la decisión respecto de uno de ellos afecte al otro; tal relación de dependencia tampoco existe entre las actuaciones cumplidas en los distintos procesos, ni mucho menos las pretensiones de los diferentes procesos precisan utilizar las mismas pruebas, ya que cada proceso tiene su acervo probatorio propio e independiente.

En mérito de lo expuesto, el Despacho decide lo siguiente:

1º Inadmítese la demanda.

2º Reconócese al doctor Carlos Vélez Gallego como apoderado de las señoras Leonilde Castellanos viuda de Méndez y Carmen Angarita de Pérez, en los términos y para los efectos del poder por ellas a él conferido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR S. A.—

Naturaleza jurídica y régimen al que está sometida.

La electrificadora de Bolívar S. A. es una entidad descentralizada.

EMPLEADOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

1º Calidad (art. 5º del Decreto 3135 de 1968).

2º Prueba de la calidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Proyecto: Doctor *Tulio Chirolla Escaño,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 186. Actor: Leonardo Polo Silguero. Autoridades nacionales.

Ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el señor Leonardo Polo Silguero, en su propio nombre, instauró demanda en ejercicio de la acción de plena jurisdicción para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Que se declare la nulidad de la Resolución número 0534 de octubre 25 de 1982, emanada de la Electrificadora de Bolívar S. A., de la cual ajunto (sic) copia válida.

"2º Que como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, se me restablezca en el derecho conculcado, ordenando a la Electrificadora de Bolívar S. A., el reintegro al cargo que desempeñaba al momento de expedición de tal acto y, además, se le condene a pagarme los sueldos, las prestaciones sociales legales y convencionales, al igual que todos los emolumentos que directa o indirectamente se ocasionen o deriven de tal relación sustancial, tales como, primas de energía, arrendamiento de vehículo, etc., causados desde la fecha en que fui retirado hasta cuando se produzca, de manera efectiva, mi reintegro".

La demanda se fundó en los siguientes hechos:

"1º Mediante Resolución de nombramiento número 562 de septiembre 12 de 1980, fui vinculado a la Electrificadora de Bolívar

S. A., para desempeñar a partir del 1º de octubre del mismo año, el cargo de Jefe del Departamento de Personal, en entrenamiento, y en propiedad, a partir del 1º de enero de 1981.

"2º Que por Resolución número 0179 de abril 14 de 1981, le fue cambiada la nomenclatura y rango al cargo que desempeñaba, clasificación como de Abogado-Jefe de Personal, determinándose en el correspondiente manual de funciones la condición de abogado para poder desempeñarlo, en el cual fui *ratificado*.

"3º Mediante carta de fecha 22 de octubre de 1982, el señor Gerente de la Electrificadora de Bolívar S. A., doctor William Murra Babum, me solicitó la renuncia, alegando innumerables problemas creados por mí a dicha entidad y embargos causados por irresponsabilidad mía a mi inmediato superior y subalternos del área de personal; carta a la cual respondí con la mía de fecha, octubre 25 de 1982 y de ambas ajunto (sic) copia y original.

"4º A pesar de lo anterior y amparándose en la facultad discrecional que consagra la ley, el día 25 de octubre de 1982, fue declarado insubsistente el nombramiento en mí recaído; pero con móviles ajenos y distintos, ocultos a tal precepto, lo que hace de tal declaratoria una destitución.

"5º Mediante Resolución número 0657 de noviembre 26 de 1982, fueron liquidadas y pagadas mis prestaciones con un promedio devengado de setenta y dos mil ciento once pesos con 32 centavos ($ 72.111.32), factor de salario promedio que estimo idóneo para el *cuántum* de mis pretensiones".

Como normas violadas por el acto impugnado se reseñan en la demanda los artículos: 107, 110, 111, 125, 149 a 167 del Decreto 1950 de 1973; 26 y subsiguientes del Decreto 2400 de 1968 y 26 de la Constitución Nacional, las cuales, se afirma, fueron quebrantadas al incurrirse en la producción del acto en abuso o desviación de poder, puesto que se inspiró en la nota de 22 de octubre de 1982, suscrita por el Gerente de la Electrificadora de Bolívar S. A.

Una vez dado el trámite correspondiente al proceso, el Tribunal del conocimiento puso fin a la primera instancia negando las súplicas de la demanda mediante sentencia de 10 de septiembre contra la cual el actor instauró el recurso de apelación de que se ocupa la Sala.

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado al descorrer el traslado, se pronuncia en el sentido de que la Sala debe revocar el fallo recurrido y, en su lugar, proferir una decisión inhibitoria.

Dice la Fiscalía:

"Como se desprende de los hechos que sirven de fundamento a la acción que se ejerce en el proceso referenciado, de las normas que se estiman violadas por el acto cuya nulidad se pretende, del concepto de violación que se desarrolla en el libelo y aún de las mismas súplicas o pedimentos, se estima que el actor tuvo la calidad, condición o estatus de funcionario o empleado público, dada la naturaleza jurídica de la relación funcional que ligó al deman-

dante con la entidad demandada, o sea decir, de una relación legal y reglamentaria derivada de la forma de vinculación.

"Por ello, es cuestión fundamental que debe dilucidarse en primer término la atinente a la calidad que tuvo el accionante o, dicho de otra manera, qué clase o especie de empleado oficial fue aquél, pues de ella depende el tipo de relación y el régimen jurídico aplicable (sustancial y procesal) y no al contrario —de la naturaleza jurídica de la relación la clase de empleado oficial— como lo entiende el demandante y lo apreciaron el Tribunal *a quo* y su Fiscal.

"De acuerdo con la certificación del Secretario de la Cámara de Comercio de Cartagena (fl. 32 fte. y vto., cuaderno principal) la entidad demandada, Electrificadora de Bolívar S. A., 'es una sociedad anónima clasificada legalmente como entidad descentralizada indirecta de nacionalidad colombiana, perteneciente al orden nacional, sociedad sometida al régimen legal previstos (sic) para las empresas industriales y comerciales (sic) del Estado indirectas. (Artículo (sic) 1º y 30 del Decreto 3130 de 1968'.

"Para las fechas en que se inició y feneció la relación de trabajo del accionante —octubre 1º de 1980 y octubre 25 de 1982, folios 23 y 5, cuaderno principal, respectivamente— su estatus o situación jurídica se gobernaba por el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, a cuyo texto:

"Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo; los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

"Acerca del alcance del precepto transcrito la Sección Segunda del honorable Consejo de Estado, en sentencia calendada el 16 de marzo de 1983, en la que fue ponente el distinguido Consejero doctor Joaquín Vanín Tello (Exp. número 3098, actor Luis Augusto Córdoba Mena) reiteró el lineamiento jurisprudencial trazado en otras decisiones de la misma Corporación, en los términos siguientes:

"Tanto el apoderado del actor como el de la entidad demandada aplican el criterio formal —el de la naturaleza del acto de vinculación— para calificar aquella de la relación de trabajo dependiente que existía entre el demandante y la Universidad y, por tanto, su carácter de empleado público o de trabajador oficial, que, según ellos, ostentaba esta última calidad.

"No es un criterio acogido por la legislación colombiana (art. 5º del Decreto 3135 de 1968) sino el orgánico, es decir, el que tiene en cuenta la naturaleza de la entidad para calificar la del vínculo, si contractual o de carácter legal y reglamentario, y la clase de empleo, si de trabajador oficial o empleado público. Excepcionalmente aplica el criterio funcional cuando toma en cuenta la clase de actividad, en un caso la inherente a la construcción y sostenimiento de las obras públicas, para calificar a quienes prestan servicios en ellas como trabajadores oficiales y, por ende, afirmar la existencia del contrato de trabajo; y, en el otro lado, las actividades de 'dirección o confianza', con el objeto de facultar a las empresas industriales y comerciales del Estado para determinar, en sus estatutos, cuáles de aquellas son constitutivas de empleo público y por lo tanto, determinante de la calidad de empleados públicos en quienes las realizan.

"La calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general, y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, en los casos autorizados por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, puede haberse vinculado una persona a un establecimiento público mediante un contrato de trabajo, pero si los estatutos de tal organismo no contemplan la actividad que realiza o que va a realizar aquella entre las excepciones a la regla general sobre el carácter de empleado público que tienen los servidores de él no puede ser calificada, como trabajador oficial" (hasta aquí la transcripción del fallo).

"En el caso objeto de examen la regla general comprendida en el inciso 2º del precepto en comentario, con arreglo al factor orgánico o institucional (Empresa Industrial o Comercial del orden Nacional), es la de que la persona natural que presta servicios en ella tiene la calidad, condición o especie de *trabajador oficial* y la excepción es la de *empleado público* cuando así se establezca expresamente en *los estatutos* de la entidad, en razón del factor funcional, o sea, la actividad de *dirección* o *confianza* que deba desarrollar el empleado.

"De suerte que el demandante tenía el deber procesal de acreditar, con la única prueba admisible para tal efecto, los estatutos de la entidad demandada, la calidad de empleado público, consagrada en ellos de la forma que determina la ley y que ha esclarecido de manera palmaria la jurisprudencia, pues sólo en tal estatus le sería aplicables las normas que deduce como agraviadas en la demanda y sería competente la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la controversia suscitada por la alegada violación. Ocurre, empero, que en el expediente se echa de menos el cumplimiento de dicha carga procesal, lo cual conduce a la conclusión, por falta de la demostración aludida y aplicación consecuente del principio general ínsito en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968 a que se ha hecho referencia, de que el actor era un trabajador oficial ligado a la entidad demandada por un contrato ficcionado o presunto de trabajo.

"En las condiciones precedentes, la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para dirimir la controversia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto-ley 528 de 1964 (actualmente, arts. 131-6 y 132-6 del Decreto-ley 01 de 1984) en armonía con el texto 2º del Código de Procedimiento Laboral".

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver, previas las siguientes:

Consideraciones:

La Sala comparte íntegramente los argumentos esbozados por el colaborador Fiscal, los cuales hace suyos. Simplemente quiere hacer hincapié, en la naturaleza de Electrificadora de Bolívar S. A., es una entidad descentralizada indirecta de orden nacional, como lo certifica la Cámara de Comercio de Cartagena (fls. 32 a 34) y, por lo consiguiente, gobernada por el régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, o sea el Decreto 3130 de 1968.

De otra parte establece el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, como regla general, que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales. Y por vía exceptiva, empleados públicos, aquellos servidores que desempeñen actividades de dirección y confianza, especificadas en los correspondientes estatutos. Por eso, quien dentro de un proceso pretenda esta última calidad debe necesariamente acreditarla con la prueba de los estatutos, de lo contrario su situación laboral con la empresa estatal queda cobijada por la regla general que le asigna la categoría de trabajador oficial.

En el *sub lite* se echa de menos la prueba de los estatutos que le puedan dar al actor la categoría de empleado público por la actividad que desarrollaba en la sociedad como requisito o presupuesto que le otorgue al Consejo de Estado competencia para proferir una decisión de mérito.

Ante la imposibilidad anterior, y sin que sea menester ahondar en más consideraciones, la Corporación se verá precisada a producir un fallo inhibitorio y, consecuencialmente, a revocar la sentencia de primera instancia objeto del recurso de apelación.

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

Falla:

1º Revócase la sentencia de 10 de septiembre de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, objeto del recurso de apelación.

2º Declárase inhibido para pronunciar sentencia de mérito por falta de competencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciséis (16) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PERSONAL DOCENTE. PRIMA DE ANTIGUEDAD COMO INCREMENTO SALARIAL (Decreto 273 de 1982). EMPLEADOS PUBLICOS DOCENTES Y ADMINISTRATIVOS (UNIVERSIDADES OFICIALES). REAJUSTE DE REMUNERACION BASICA MENSUAL.

Dicho incremento salarial por año cumplido de servicios, lo que es igual, LA PRIMA DE ANTIGUEDAD de los empleados públicos docentes y administrativos de las UNIVERSIDADES y el REAJUSTE DE REMUNERACION BASICA MENSUAL.

No podrán exceder de un 26.5%; en tal reajuste porcentual se entienden involucradas por año cumplido de servicios ordinados para dicho personal en disposiciones anteriores a dicho Decreto (Decreto 273 de 1982).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 702-10869. Autoridades nacionales.

Actor: Juan Manuel Perea Espitia.

Juan Manuel Perea Espitia, por intermedio de apoderado ante el Tribunal Administrativo del Huila, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda en la cual pidió se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Que es nulo el acto contenido en la nota de fecha 17 de noviembre de 1982 emanada de la Universidad Surcolombiana y dirigida al actor en virtud de la cual, dicha entidad negó al actor el reconocimiento y pago de ochenta (80) puntos por un año más de permanencia en la Universidad. De conformidad con el Acuerdo número 037 de 1975 (art. 45).

"2. Que como consecuencia de la nulidad anterior se disponga que la Universidad Surcolombiana debe reconocerle y pagarle al actor los ochenta (80) puntos por cada año de permanencia en la Universidad que le consagró en su favor el Acuerdo número 037 de 1975 (art. 45).

"3. Que, como consecuencia de la declaración anterior, los años de permanencia a que se refiere la reclamación en la vía gubernativa, y la negativa del acto administrativo acusado, se tendrán en cuenta para todos los efectos legales, a que se contrae el Acuerdo número 037 de 1975 (art. 45).

"4. Que la Universidad Surcolombiana dará cumplimiento al fallo que profiera el honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Huila, en los términos de los artículos 121 y 122 y concordantes de la Ley 167 de 1941" (fls. 1 y 2).

Se afirmaron estos hechos:

"a) El actor ha venido prestando sus servicios en calidad de docente a la Universidad Surcolombiana, entidad del orden descentralizado y, en virtud de haber desempeñado durante un (1) año el ejercicio del cargo de docente;

"b) Tiene derecho a que, de conformidad con el artículo 45 del Acuerdo número 037 de 1975, se le reconozca y pague el puntaje a que se refiere el citado artículo, esto es, el valor equivalente a ochenta (80) puntos sobre el puntaje acumulado para el año anterior;

"c) El actor fue nombrado y debidamente posesionado del cargo en la citada Institución Universitaria de educación superior y reclamó en la vía gubernativa el reconocimiento y pago de ese factor salarial, el cual le fue negado por la entidad descentralizada Universidad Surcolombiana" (fl. 2).

En la parte de la demanda relacionado con las disposiciones violadas y el concepto de la violación se expuso:

"El actor reclamó en la vía gubernativa el reconocimiento y pago de los ochenta puntos que por concepto de antigüedad establece en su favor el artículo 45 del Acuerdo número 037 de 1975, y la Universidad Surcolombiana, en la nota cuya nulidad se solicita, en respuesta a dicha solicitud consideró 'que los ochenta (80) puntos establecidos en el artículo 45 del Acuerdo número 037 de 1975, quedaron involucrados en el incremento 26.5%, hecho por medio de la Resolución número 0344 de 1982'.

"La naturaleza del puntaje reclamado

"De conformidad con la estructura del Acuerdo número 037 de 1975, diciembre 17 de la Universidad Surcolombiana, el salario del personal escalafonado se establece con base en puntajes; puntaje que aumenta, para efectos salariales naturalmente con cada año de antigüedad en el servicio.

"Si el artículo 42 del citado Acuerdo dispone el número de puntos básicos para el personal docente escalafonado, el artículo 43, expresa que por cada año de experiencia docente universitaria y/o profesional, equivalente a tiempo completo posterior al título académico que haya adquirido anterior a la vinculación se tendrán cuarenta (40) puntos por cada año; a ciento sesenta (160) puntos para el Nivel de Instructor; setenta y cinco (75) puntos por cada año hasta trescientos (300) puntos para el nivel de profesor; y por lo demás, el artículo 44 establece que el puntaje por cada año de estudio de postgrado que conduzca a título equitativo a setenta (70) puntos y aún sin título para estudios de postgrado, esto es, mínimo doscientos (200) horas continuas o discontinuas en un máximo de cinco (5) cursos de la misma especialidad treinta (30) puntos.

"En estas condiciones el puntaje es una manera de determinar el salario de los docentes.

"Se estableció en el artículo 45 que por cada año de permanencia en ITUSCO, como Profesor Escalafonado, habrá un número de ochenta (80) puntos sobre el puntaje acumulado hasta el año anterior.

"Esto indica que para cada año, el docente va aumentando su sueldo, su asignación básica, con base en el simple puntaje de antigüedad.

"Este es un derecho adquirido con justo título, de conformidad con un reglamento vigente, el Acuerdo número 037 de 1975.

"La Universidad Surcolombiana, al proferir una Resolución, de jerarquía inferior a un Acuerdo, no puede excudarse en él para desconocer prestaciones y derechos ya adquiridos.

"Por lo demás, el derecho de los docentes escalafonados se ha consolidado con el correr de cada año nuevo de servicio, y se traduce en ochenta (80) puntos adicionales sobre el puntaje acumulado para el año precedente.

"Este derecho queda amparado por el artículo 30 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 122 de la misma obra, en virtud del cual ni siquiera el Gobierno Nacional en ejercicio de poderes legislativos extraordinarios puede cercenar o menoscabar los derechos adquiridos por las clases proletarias.

"Mucho menos podría hacerlo la Universidad Surcolombiana, organismo de inferior jerarquía al Gobierno Nacional y dependiente de él.

"En esta circunstancia, dos infracciones aparecen manifiestas:

"La inconstitucionalidad por violación de un derecho adquirido y consolidado al presentarse el primer año adicional de servicios que da derecho al mayor puntaje ya citado, y de otra parte, la infracción al principio de legalidad, puesto que en una Resolución de jerarquía inferior no puede derogar un Acuerdo de jerarquía superior, expedido por el Consejo Directivo de la Universidad Surcolombiana.

"De conformidad con las disposiciones que sobre el régimen de salarios y prima de antigüedad se han venido estableciendo en el país, cabe diferenciar dos aspectos muy diferentes, el salario propiamente dicho, que es una suma fija determinada, y el monto de prima de antigüedad, que es un factor que se allega al salario.

"El fundamento remoto de la Resolución 0344 de 1982, en la cual pretende fundarse la Universidad Surcolombiana para negar el pago de los ochenta (80) puntos que ella misma estableció en beneficio del actor, por cada año de servicio, es el Decreto 1042 de 1978. Del atento análisis de esta nota, se desprende que la antigüedad y el salario son dos casos distintos; en efecto, dicho Decreto estableció un reconocimiento por antigüedad, como prima, que es desde luego factor de salario, pero que no es un salario.

"Y el Acuerdo número 037 de 1975, en su artículo 45, en armonía con el artículo 42 y concordantes determinan que el sueldo, indepen-

dientemente de las primas que por factor de antigüedad vienen reconociéndose y establecidas por las leyes en el país, se determinan en el caso de los docentes, además de otros factores como títulos o experiencias profesionales, etc., por el aspecto de la antigüedad de servicio en la Universidad.

"No es entonces, en la Universidad Surcolombiana, la antigüedad un solo factor de prima, sino que es también un factor de salario, con lo cual se ha querido sin duda estimular la permanencia y la fidelidad de los docentes al servicio de la entidad.

"No puede entonces aplicarse el mismo aumento que se aplica a todos los empleados públicos nacionales a los empleados docentes de la Universidad, pues las finalidades del estímulo que se pretendió satisfacer con la adopción del artículo 45 del Acuerdo número 037 de 1975, se verían negadas.

"En estas condiciones es evidente que la Resolución número 0344 de 1982, corresponde a lo que en el lenguaje general correspondería con la prima de antigüedad, y que el aumento de los 80 puntos consagrados en el Acuerdo número 037 de 1975, es un puro factor salarial, salario que aumenta año por año, independientemente de los aumentos del orden nacional, derechos que además fueron adquiridos con justo título por los docentes y consolidados por ellos al cumplirse cada año de antigüedad al servicio de la Universidad.

"Esta circunstancia de ser la Resolución 0344 de 1982, jerárquicamente inferior al Acuerdo número 037 de 1975, y además que el hecho de que la medida contenida en dicha Resolución y en la nota que se acusa violan el artículo 30 y el artículo 122 de la Constitución Nacional, permite inferir que tal decisión es inconstitucional e ilegal y debe ser anulada por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo" (fl. 3 a 5).

El Tribunal del conocimiento le puso fin a la primera instancia por medio de la sentencia de 26 de noviembre de 1983, negando las peticiones de la demanda. Apelada dicha providencia por el actor y tramitado el recurso en el Consejo de Estado, se pasa a decidirlo previas las siguientes

Consideraciones:

Las pruebas que obran en el expediente demuestran que evidentemente es cierto, como lo afirma la parte actora, que por medio del artículo 45 del Acuerdo 037 de 1975 del Consejo Directivo de la Universidad Surcolombiana se dispuso que por cada año de permanencia como Profesor escalafonado habrá un número de 80 puntos sobre el puntaje acumulado hasta el año anterior, incidente en el salario, conforme las disposiciones del Capítulo IX del mencionado Acuerdo.

Igualmente es cierto que la nota cuya nulidad se impetra le negó a la parte demandante el reconocimiento de los 80 puntos de salario por el año más de permanencia en la Universidad, pues, "quedaron involucrados en el incremento del veintiséis punto cinco por ciento (26.5%) hecho por medio de la Resolución número 0344 de 1982".

La referida Resolución 0344 consideró:

"Que el Gobierno Nacional por medio del Decreto 273 de enero 28 de 1978, reajustó la remuneración básica mensual y la prima de antigüedad de los empleados públicos docentes y administrativos hasta en un 26.5% quedando incluido dentro de este incremento el correspondiente al año de permanencia en la Universidad; es decir, que el aumento de sueldos más el valor de los 80 puntos del artículo 45 del estatuto docente (Acuerdo 037) de 1975 es igual al 26.5%".

A su turno el Decreto 273 de 1982 del Gobierno Nacional, expedido con fundamento en las facultades conferidas por la Ley 80 de 1981, dispuso:

"*Artículo 1º* El reajuste de la remuneración básica mensual y la prima de antigüedad para los empleados públicos docentes y administrativos de las universidades oficiales, no podrá exceder de un 26.5%.

"*Artículo 2º* En el reajuste de la prima de antigüedad señalado en el artículo primero, se entienden involucrados los incrementos por año cumplido de servicios ordenados para dicho personal en disposiciones anteriores a este Decreto".

Como se ve, no se trata de que sin fundamento legal la Resolución 0344 haya querido desconocer el incremento salarial por año cumplido de servicios establecido en el Acuerdo 037 de 1975, ni de que ella sea de inferior jerarquía a éste.

Ocurrió que por mandato de normas con fuerza legal (Decreto 273 de 1982), únicas que pueden fijar la remuneración de los distintos funcionarios nacionales según el artículo 76,9 de la Constitución Política, dicho incremento salarial por año cumplido de servicios, o lo que es igual, la prima de antigüedad, de los empleados públicos docentes y administrativos de las universidades oficiales y el reajuste de la remuneración básica mensual no podrán exceder de un 26.5%, fuera de que, como quedó transcrito, en tal reajuste porcentual se entienden involucrados los incrementos por año cumplido de servicios ordenados para dicho personal en disposiciones anteriores a dicho Decreto.

La Universidad Surcolombiana no hizo cosa distinta al expedir la Resolución 0344 que cumplir con la ley, sobre cuyos mandatos no puede imperar, sin violarse la Constitución, el Acuerdo 037 de 1975 que se invoca en la demanda.

De otro lado, los incrementos por antigüedad o por año cumplido de servicio que se causarían en 1982 no constituían derecho adquirido, como se alega, no sólo porque dado los efectos fiscales del Decreto 273 a partir del 1º de enero de 1982, quedaron involucrados en el aumento que no podría exceder el 26.5%, sino porque disposiciones como las labores y en general las de derecho público tienen efecto general inmediato, que es distinto de la aplicación retroactiva de la ley, es decir, a situaciones definidas o consumadas de conformidad con una ley anterior.

Tampoco se presenta la violación del artículo 122 de la Constitución. Tanto el Decreto 273 de 1982, como la Resolución 0344 aludida, se limitan a establecer las cuantías de los incrementos salariales hechos

a cierto personal del ramo de educación superior en forma tal que no puede demostrarse que comparativamente con los salarios existentes a 31 de diciembre de 1981 hubo alguna desmejora, aparte de que ni siquiera se ha expuesto en la demanda que en la fecha de expedición de ese Decreto el país se encontraba en estado de emergencia económica, para que pudiera tener viabilidad la prohibición contenida en la norma constitucional arriba señalada.

Obsérvese que la parte actora construye su acción haciendo caso omiso del Decreto con fuerza legal 273 de 1982, el cual como quedó visto sostiene jurídicamente no sólo la Resolución 0344 de 1982 sino la nota acusada, por medio de la cual se dio respuesta al reclamo presentado por aquella.

En las condiciones anteriores lógico es concluir que debe confirmarse la sentencia apelada.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

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 20 de febrero de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO ACUSADO. COPIA EN LA DEMANDA (art. 139 del C. C. A., Decreto 01 de 1984).—

Expresamente se contempla la posibilidad de que no se cumpla tal formalidad cuando AL INTERESADO NO LE HA SIDO POSIBLE OBTENERLA POR NO HABER SIDO PUBLICADO O SE LE HA NEGADO (EXPRESION BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO).

Artículo 139 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., seis de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Policarpo Castillo Dávila.*

Referencia: Radicación 1479. Apelación contra auto de agosto 4 de 1986 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de nulidad de la Resolución 0985 de abril 1º de 1985 del Director Ejecutivo de la CAR. Actor: Félix Roberto Verano.

La Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, "CAR" a raíz de la construcción del puente sobre el río Suárez para comunicar a los municipios de Simijaca (Cundinamarca) y San Miguel de Sema (Boyacá) procedió a distribuir entre los beneficiarios de la obra la suma de $ 16.610.400.oo como costo de la obra recuperable por el recaudo de la contribución de valorización.

Dentro de esta distribución determinó a cargo del predio "Mocoa" de propiedad de Félix Roberto Verano, la suma de $ 517.330.41.

Contra esta liquidación, el interesado formuló demanda de nulidad por intermedio de apoderado. En la demanda se solicita que se pida a la Corporación la copia de la Resolución que produjo la liquidación demandada. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, produjo la providencia de fecha diciembre 19 de 1985 en que se anota la deficiencia comentada y señala el término de cinco (5) días para subsanarla.

El actor interpuso recurso de reposición para que fuera revocado. Contra el auto en mención, insistiendo en su petición de que se oficiara a la CAR para que hiciera llegar copias auténticas de las Resoluciones impugnadas. La sustentación de su recurso refleje la interpretación equivocada que viene dándole a la disposición del artículo 139 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo).

En efecto, la disposición de dicho artículo es clara en el sentido de establecer, como regla general, el requisito de *acompañar* a la demanda copia del acto acusado. Excepcionalmente se contempla la posibilidad de que no se cumple tal formalidad, cuando al interesado no le ha sido posible obtenerla por no haber sido publicado o *se le ha negado* la copia o la certificación sobre publicación, pero queda sometido a la condición de que el demandante exprese *bajo la gravedad del juramento* que le ha sido negada la expedición de la copia. Pero queda bien claro, del texto de la norma comentada, que se requieren dos circunstancias: a) Que le ha sido negada la copia y b) Que se preste el juramento sobre esta afirmación. De este último se establece la presunción de que se ha prestado con el hecho de presentar la demanda.

Se observa la insistencia del actor en abstenerse de llenar estos requisitos y su persistencia en que se pida la copia sin que medie su afirmación exigida por la ley de que la solicitó y no le fue expedida con la cual se entiende prestado el juramento.

Por lo anteriormente expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

Resuelve:

Confirmar el auto apelado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACCION DE NULIDAD. PROCEDENCIA.—

Artículo 84 del Decreto 01 de 1984. ACTOS DEFINITIVOS. Definición legal. Artículo 50 del Decreto 01 de 1984.

JUICIO FISCAL DE CUENTAS. La apertura, es un acto de trámite y contra el cual no procede acción de nulidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 477. Autoridades nacionales. Actor: Instituto de Crédito Territorial.

El Instituto de Crédito Territorial, actuando a través de apoderado, solicita que previos los trámites legales y con citación del señor Contralor General de la República, se hagan las siguientes declaraciones:

"*Primera:* Que es nula la Resolución número 1338 del 19 de marzo de 1986, mediante la cual se ordenó la apertura del juicio fiscal de cuentas al doctor Augusto César Ariza Meola, representante legal del Instituto de Crédito Territorial.

"*Segunda:* Que es nula la Resolución número 03982 de julio 25 de 1986, que el (sic) negar el recurso de reposición interpuesto contra la número 1338 de marzo de 1986, a que se refiere la petición anterior, confirmó los términos de esta última".

En escrito separado, se solicita y sustenta la suspensión provisional de los actos acusados.

Procede el suscrito Consejero ponente a pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda, previas las siguientes

Consideraciones:

Define el inciso cuarto del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, contra qué actos es posible incoar la acción de nulidad: "Esta acción procede contra los actos de carácter definitivos; excepcionalmente contra los actos preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 de este Código".

Y el inciso final del artículo 50 *ibidem* estatuye: "Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla".

Expuestas las anteriores nociones se tiene que el Contralor General de la República, dispuso en el artículo 1º de la Resolución número 01338 de 19 de marzo de 1986: "Abrir juicio fiscal de cuentas al doctor Augusto César Ariza Meola, por haber celebrado el Contrato número PC-254 de 1985 como Gerente encargado y Representante Legal del Instituto de Crédito Territorial...". Y en el artículo 2º dispuso: "La División de Juicios Fiscales de la Contraloría adelantará el respectivo proceso de juicio de cuentas conforme el trámite previsto en la Resolución orgánica número 10270 de 1983". Por último, se ordenó en el artículo 5º de la mencionada Resolución: "Una vez ejecutoriada esta providencia se emitirá copia auténtica y el expediente a la División de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República para lo de su competencia".

Lo anterior pone de relieve que el acto acusado, a saber la Resolución que decide abrir juicio fiscal de cuentas al doctor Augusto César Ariza, lejos de constituir un acto definitivo, es únicamente un acto de impulsión con el cual ha culminado la primera fase de un a investigación administrativa, dando inicio a la segunda, la del juicio de cuentas, mediante la cual se le da al inculpado la oportunidad de controvertir los cargos aducidos en su contra. Dicha segunda etapa sí ha de rematar en un acto definitivo, cuyo contenido es el de si hay o no lugar a imponer los correctivos de ley en virtud de los cargos formulados.

Sí, por consiguiente, la apertura del juicio fiscal de cuentas no es otra cosa que un acto de trámite, contra el cual no procede la acción de nulidad, al tenor de las normas atrás citadas, debe concluirse que esta Corporación carece de jurisdicción para avocar el conocimiento del asunto propuesto, lo que impone la inadmisión de la demanda.

Por lo anteriormente expuesto *se inadmite*, por carencia de jurisdicción, la demanda de nulidad incoada por el Instituto de Crédito Territorial contra los actos de que da cuenta la parte motiva de esta providencia.

Tiene personería el doctor Fernando Alonso González para representar al Instituto de Crédito Territorial, en los términos y para los fines del poder conferido.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA. "COLPUERTOS". ACTOS ADMINISTRATIVOS POR EXCEPCION. ACTOS COMERCIALES EN SU ACTIVIDAD GENERAL.—

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., seis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Proyecto: Doctor *Luis Miguel Quiñones Franco,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 484. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S. A. y Transportadora Grancolombiana Ltda.

Las sociedades Flota Mercante Grancolombiana S. A. y Transportadora Grancolombiana Ltda., a través de mandatario judicial han acudido ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho contra diversos actos "producidos por la empresa Puertos de Colombia - COLPUERTOS", "por errada facturación y cobro indebido de servicios portuarios prestados a naves de propiedad de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. u operadas, manejadas o controladas por ella y agenciadas por Transportadora Colombiana Ltda., de Buenaventura y a la carga por ellas transportada".

Mediante providencia de fecha 2 de julio de 1986 (fls. 172 a 178 vto.) el Tribunal de origen, por falta de jurisdicción inadmitió la demanda propuesta, ordenó devolver los anexos sin necesidad de desglose y archivar el expediente y reconoció personería al apoderado de las actoras.

En escrito que corre a folios 181 a 185, la apoderada sustituta de las demandantes interpuso el recurso de *apelación* para ante esta Corporación contra la mencionada providencia. Se procede, pues, a desatar dicho recurso.

I. La providencia apelada:

Después de transcribir los hechos en que se apoya la demanda, el *a quo* considera y resuelve por la incompetencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de la acción propuesta y para ello se fundamenta en "reiterados fallos" proferidos por el Consejo de Estado sobre el particular, con transcripción de lo que funda-

mentalmente dijo la Sección Primera de la Sala Contecioso Administrativa en la providencia fechada el 14 de marzo de 1986 que, con ponencia del mismo Consejero conductor del proceso en referencia en orden a despachar la apelación intentada, recayó dentro del proceso número 33, en el cual la sociedad Navemar Ltda. demandaba diferentes actos proferidos por la empresa Puertos de Colombia, Colpuertos, por servicios prestados en "labores de desestiva o descargue de mercancías" (Fcr.: fls. 172 a 178 vto.).

II. Razones del recurrente:

En síntesis las recurrentes sustentan su apelación contra los dos primeros numerales de la parte resolutiva de la providencia confutada en lo siguiente: Contra las facturas de Colpuertos sobre liquidación y cobro de "sus servicios", como resultado de "la labor comercial que realiza", procede, "como sucede entre particulares, una etapa de reclamación cuando surge desacuerdo entre las partes negociantes (art. 20, numeral 9º del Código de Comercio - actos mercantiles)". Empero, "COLPUERTOS no resuelve dichas reclamaciones por las vías normales de los comerciantes ni sujetó a las disposiciones pertinentes, como sería el (sic) de acudir a la justicia ordinaria para la revisión de la liquidación e intentar el cobro ejecutivo, sino que, *invocando su naturaleza administrativa*, y haciendo uso de la potestad propia del Gobernante (sic) e invocando facultades otorgadas por el Legislador, expide unilateralmente Resoluciones 'capaces de producir efectos jurídicos' (...). Es decir define el desacuerdo creado (...) a través de un *acto administrativo*, en el cual expresa y claramente señala que actúa 'en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias' (...) indicando además los *recursos* que en la 'vía gubernativa' serían procedentes". Y transcribe apartes de una providencia de 25 de abril de 1985 del Consejo de Estado.

Atacando la providencia del Consejo de Estado de fecha 14 de marzo de 1986, en la cual se apoya el auto combatido en apelación, las recurrentes dicen que allí se estaba "analizando no la procedencia en sí de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, sino la nulidad del procedimiento consagrado en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo". Dicen además que "... desde el momento en que expide 'en uso de sus facultades' los actos administrativos para imponer liquidaciones oficiales del valor de los servicios prestados, *se aparta totalmente del proceder de los particulares*". Que "*sí existe* un procedimiento aplicable y vigente dictado por la Junta Directiva Nacional y ejecutado por su Gerente General", para lo cual transcribe el numeral 2 del artículo 12 del Decreto 1174 de 1980, que reestructura a Colpuertos, y el numeral 5 del artículo 37 del Decreto 2465 de 1981, que aprueba los estatutos de tal empresa portuaria. Insisten en que los atacados en el proceso en referencia son actos administrativos y como tales de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

III. Se considera:

La procuradora judicial de las actoras quizás no captó en parte cuanto expresó la Sección Primera en su providencia de 14 de marzo de 1985.

En dicha providencia no dijo el Consejo de Estado que en ningún caso la empresa comercial Puertos de Colombia mal podría proferir verdaderos actos administrativos, puesto que evidentemente sí los puede emitir. Tal empresa comercial del Estado ciertamente en casos muy excepcionales puede producir actos administrativos, esto es, adoptar formas de conducta, por acción u omisión, que se acoplen a la definición que trae el segundo inciso del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. Y esta rareza o excepcional circunstancia de que Colpuertos produzca actos administrativos obedece a la razón fundamental de que en su discurrir normal u ordinario las actuaciones de dicha empresa portuaria son de similar estirpe a las cumplidas por los particulares en su tráfico mercantil cuotidiano. Pues siendo Colpuertos una empresa comercial del Estado, como no se puede dudar dadas las pertinentes precisiones legales que la gobiernan, precisa no darle a la ley interpretaciones de esguince o acomodación. A la ley hay que entenderla y aplicarla de conformidad con lo que ella expresa, sobre todo cuando es clara. El artículo 6º del Decreto-ley número 1050 de 1968 define de modo claro a las empresas industriales y comerciales del Estado al decir en su primer inciso que "son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley...". De suerte que tales empresas comerciales del Estado *desarrollan actividades de naturaleza comercial conforme a las reglas de derecho privado,* salvo cuando la ley consagre expresamente excepcionales casos en los cuales rigen o se aplican reglas diferentes a las del derecho privado.

Así que cuando Colpuertos liquida y cobra los servicios que presta por concepto de labores de desestiba o descargue de mercaderías, sus actos son simplemente comerciales, no de naturaleza administrativa. Actos realmente administrativos serían, *verbi gratia,* los proferidos cuando traza los parámetros esenciales de fijación tarifaria, los cuales requieren, por lo demás, una ulterior aprobación del Gobierno Nacional. Este caso excepcional, que por ser de excepción se rige por reglas diversas a las del derecho privado, está contemplado en el artículo 5º de los Estatutos de la Empresa Colpuertos, que le señala las funciones que debe desarrollar para el cumplimiento de sus objetivos, en cuyo numeral 4 se dispone: "Con aprobación del Gobierno Nacional, fijar las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que presten los terminales". Cosa diferente es que con base en las tarifas fijadas en el pertinente acto administrativo, se liquiden los servicios que preste la empresa y los cobre a sus usuarios: Esta liquidación y cobro no son actos administrativos sino eminentemente mercantiles. Esto justamente es lo que ocurre en el presente caso: Con fundamento en aquellas tarifas imperativas, que están fijadas por un acto administrativo y que no pueden ser materia de negociación o de rebajas o transacciones, la empresa estatal liquida y cobra los servicios prestados por desestiba. Y como tales liquidaciones y cobros por razón de los citados servicios comerciales no son actos administrativos, no pueden caer dentro del ámbito competencial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Precisa recalcar que característica fundamental de dichos organismos comerciales del Estado es la de cumplir actividades de índole co-

mercial o mercantil que se rigen conforme a las reglas del derecho privado, siendo pues lo excepcional, lo no normal, lo "que se aparta de lo ordinario", lo "que ocurre rara vez" el caso o asunto que se rige por otras reglas diferentes a las que gobiernan la actividad privada o particular. Tales casos excepcionales o raros que la ley prevea, se someten a las reglas de derecho público. Como los acusados son actos de resorte particular o propios de la actividad normal de Colpuertos, no caen bajo la salvedad o excepción del giro común de sus actividades y por ende son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

En cuanto a la tajante afirmación de la recurrente de que "sí existe un procedimiento aplicable y vigente" para el cobro de la prestación de los servicios de desestible o descargue de mercancías por parte de la persona pública Colpuertos, aquella se remite a transcribir únicamente los citados numerales 2 del artículo 12 del Decreto 1174 de 1980 y 5 de los estatutos de la empresa, pero no expresa, transcribe ni comenta cuál es ese pretendido especial y vigente procedimiento. Tales numerales le imponen al Gerente General y a los Gerentes de los Terminales, respectivamente, la obligación de actuar "de acuerdo con las disposiciones legales y estatutarias y las normas que dicte la Junta Directiva Nacional" y de "cumplir y hacer cumplir" esas disposiciones. Esto es apenas natural, ni más faltaba, puesto que mal podrían dichos funcionarios actuar a su entero arbitrio, a su libre talante, de manera discrecional abierta, o lo que es lo mismo, sin barreras de ninguna naturaleza. Necesariamente dichos funcionarios, como todos los demás empleados de la empresa portuaria en cuestión, han de actuar dentro de los carriles o pautas que trazan la Constitución Nacional y las leyes, en primer lugar, y obviamente conforme a las disposiciones especiales que rigen la actividad del ente para el cual trabajan.

Siguiendo la línea interpretativa de la recurrente, cuando una entidad estrictamente privada y sin ánimo de lucro dictare una resolución o acuerdo y lo expidiere con fundamento o "en ejercicio de sus atribuciones legales y estatutarias", entonces estaríamos en presencia de un acto administrativo. Ha de tenerse en cuenta que además de diferentes actos denominados resoluciones de Colpuertos, sobre liquidación de servicios prestados como entidad comercial en la actividad portuaria, aquí se está pidiendo la nulidad y atacando como si fuesen actos administrativos más de treinta facturas, pues justamente la primera petición de la demanda la enderezan las actoras contra las treinta y cinco (35) facturas que especifican por sus números y cuya nulidad impetran (Ver fl. 56).

En contra de lo que afirma la recurrente, en la providencia de 14 de marzo de 1986 la Sección Primera del Consejo de Estado sí analiza lógica y pormenorizadamente "la procedencia en sí de la acción de nulidad" incoada en aquel proceso número 33. Para no alargarnos en demasía y por cuanto fue incluida en el auto apelado, la Sala reitera lo que expresó en dicha providencia y se priva de reproducirla. Por ello recibirá confirmación el auto apelado.

Las consideraciones que anteceden determinan que la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelva:

Primero. Confirmar la providencia materia de apelación.

Segundo. Costas a cargo de la apelante. Tásense por Secretaría.

Tercero. Notificar esta providencia personalmente al Fiscal Primero de la Corporación.

Cuarto. En firme este proveído, devuélvase el expediente al *a quo* después de satisfecho lo dispuesto en el punto segundo.

Háganse las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

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

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SOCIEDADES COMERCIALES. ESCRITURA DE LIQUIDACION. ¿REGISTRO MERCANTIL?—

REGISTRO MERCANTIL. DOCUMENTOS ESPECIFICOS DE LIQUIDACION (Nulidad).

Si el legislador hubiera previsto el registro de documentos específicos de liquidación, hubiera sido igualmente prolijo como en el artículo 34 del Código de Comercio, o concreto como aparece en otros artículos.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Complemento de algunas de las atribuciones administrativas constitucionalmente asignadas al Presidente de la República. Limitaciones.

Declárase la nulidad de los literales a) y d), libro IX de las Sociedades Comerciales, artículo 2º de la Resolución 1353 de 27 de julio de 1983, dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, sólo en cuanto establecen como obligatorio el registro mercantil de la escritura de liquidación de las sociedades comerciales.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Miguel Betancourt Rey.*

Proyecto redactado por el Magistrado Auxiliar doctor *Humberto Beltrán Achury.*

Expediente: Número 50. Actor: Rafael Bernal Gutiérrez y otro.

Se decide la acción de nulidad impetrada por los señores abogados Rafael Bernal Gutiérrez y Hernán Alberto González, contra los literales a) y d), Libro IX (de las sociedades comerciales), artículo 2º, de la Resolución 1353 de 1983 dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto establecen como obligatorio el registro de la escritura de liquidación de las sociedades comerciales.

I. Los fundamentos de la demanda:

1. *Los hechos*

Afirman los demandantes que la Resolución de que hacen parte los literales acusados, se expidió en uso de facultades que exceden las invocadas por la Superintendencia ya que, teniendo el citado acto por

finalidad exclusiva, conforme a la ley, precisar los libros que deben llevar las cámaras de comercio para el registro mercantil y fijar el procedimiento de su inscripción, viene a hacer obligatorio el registro, en el Libro IX, de la "escritura de liquidación" de las prenombradas sociedades.

2. *Disposiciones violadas y conceptos de la violación*

Sintetizando, se concretan en libelo así:

Primer cargo: Violación de los artículos 26, 27 y 28, numerales 9º y 10 del Código de Comercio y 58 del Decreto-ley 960 de 1970.

Transcriben los actores, en lo pertinente, el texto de las normas acusadas y de las enunciadas como violadas, y afirman que es privativo del legislador decir cuáles son los actos, libros y documentos objeto del registro mercantil, de modo que las atribuciones de las Superintendencia al respecto se limitan al señalamiento de los libros idóneos para el registro y a la concreción sobre la manera en que debe éste efectuarse, de suerte que al disponer como obligatorio el registro de la citada "escritura de liquidación", suplanta al legislador.

Invocan la providencia del Consejo de Estado de fecha 1º de diciembre de 1977, que, sobre aspecto similar y en relación con la Resolución 1387 de ese año, de la misma Superintendencia y derogada hoy por la acusada, reprochara que, mediante una simple Resolución, se hiciesen públicos documentos, libros y papeles que, por su naturaleza y mandato legal, son reservados, pareciéndole incuestionable que la atribución que otorga el artículo 27 del Código de Comercio consiste en "determinar los libros necesarios" para el registro, no en adicionar preceptos constitucionales y legales.

Añaden, que si para constituir, adicionar o reformar una sociedad, conforme a los artículos 40, 110, 111, 113, 121 y 158 del mencionado estatuto comercial y 251 del Código de Procedimiento Civil, se sabe siempre con certeza cuál es el acto o documento que ha de registrarse, no sucede lo mismo al liquidarla, ya que la liquidación es un proceso que comprende diversos actos y reúne varios documentos, y no aparece en norma legal alguna cuál debe registrarse; y que si bien estos han de protocolizarse, para que se cumpla lo ordenado en los artículos 56 y 57 del Decreto 960 de 1970, la ley no ha dicho que sea la escritura de protocolización la que tenga que inscribirse en el registro público de comercio, vacío legal que no puede llenar por un reglamento, so pretexto de indicar los libros propios del registro.

Agregan que los artículos 247 y 248 del Código de Comercio relacionan los documentos de la liquidación que han de protocolizarse y que si los mismos pretendieran tomarse como aquellos que "son o constituyen liquidación", es lo cierto que el citado estatuto mercantil no los señala como objeto de registro.

Citan al profesor Gabino Pinzón, para quien "...no exige el Código de Comercio que la cuenta final de la liquidación o el acta que contenga su aprobación, sea inscrita en el registro público de comercio... Es, indudable, un grave vacío, toda vez que la aprobación de la cuenta final de la liquidación, es de especial importancia para terceros, puesto que conforme al artículo 256 del Código, a partir de la fecha de la misma

empieza a correr la prescripción de las acciones de que legalmente disponen ellos contra el liquidador..." (Pinzón Gabino, 'Sociedades Comerciales', Vol. 2, Temis, Bogotá, 1983, pág. 463).

Consideran, igualmente, que el artículo 58 del Decreto 960 de 1970, que es un estatuto notarial, se encuentra vigente; y derivan del mismo que si es cierto que la liquidación, acto complejo, debe registrarse, la ley comercial no ha precisado qué documentos de aquella deben ir al registro. Y que si la ley obliga a protocolizar determinadas piezas del proceso de liquidación, pero impone que, antes, las mismas deban ser materia de registro, siendo este mercantil, no se entendería cómo pueda ser la "escritura de liquidación" la que deba cumplir el requisito del registro previo.

Reiteran, que el artículo 28, numeral 9º del Código de Comercio, lo que manda inscribir es la *"liquidación de las sociedades comerciales"*, en tanto que las disposiciones de la Resolución impugnada ordenan registrar "... a) *Copias de las escrituras de liquidación de las sociedades comerciales;* ... d) Tratándose de *sociedades vigiladas, a la escritura de liquidación se anexará...*" (subrayan los libelistas), donde, en su sentir, es manifiesto que mientras la ley obliga a inscribir la liquidación *(acto, procedimiento)*, la resolución, sin facultad para ello y suplantando al legislador, pide registrar la escritura de liquidación *(documento)*, reformando así el Código de Comercio al *"crear* un nuevo paso o elemento dentro de la liquidación de sociedades comerciales... que no existe en la ley..." (destacan los libelistas).

Apuntan, que el artículo 162 del Código de Comercio define la disolución como una reforma estatutaria; pero que como la resolución atacada, a más de disponer la inscripción de la escritura de reforma, que incluiría naturalmente la de disolución, ordena separadamente registrar ésta, falta a la técnica ya que asume que la disolución no es reforma.

Al concluir el capítulo, anotan los actores que si por costumbre o en el "argot", se ha lamado "escritura de liquidación" a la de protocolización de ciertos documentos producidos dentro del proceso de liquidación, no puede exigirse el registro mercantil de un documento que realmente no existe, sólo porque ha sido "creado por la costumbre", menos frente a las nítidas voces del artículo 26 del Código de Comercio, en las que únicamente es obligatorio el registro de los documentos indicados en la ley.

Segundo cargo: Violación de los artículos 20, 57 y 69 de la Constitución; 6º, literales g) y h) y 22 del Decreto 149 de 1976; y 27 y 2035 del Código de Comercio.

Destacan los actores que el Decreto 149 de 1976, que suprimió la antigua denominación de Superintendencia Nacional de Producción y Precios y reorganizó la actual Superintendencia de Industria y Comercio, señaló concretamente las funciones de éste en su artículo 6º, sin que aparezca por ninguna parte la posibilidad de reforma o reglamentación del Código de Comercio, o de imposición de nuevas obligaciones a los comerciantes, o de complemento de disposiciones comerciales en lo que hace al registro mercantil, toda vez que en los únicos apartes que tangencialmente, podrían tener que ver con el asunto, es decir, los

literales g) h) y tal vez r), solamente ven funciones de vigilancia y una remisión genérica a la ley que debe armonizarse con el artículo 27 del Código de Comercio.

No hallan, tampoco, en el artículo 22 del comentado Decreto, facultades para precisar o determinar documentos que deben ser materia de registro, ni para reglamentar disposiciones comerciales, sino que la Resolución acusada excede la competencia fijada por el legislador extraordinario y viola, claramente, según su parecer, los artículos 20 y 63 de la Carta, que señalan al Estado y sus dependencias capacidad de actuación reglada y restringida.

En cuanto al artículo 27 del Código de Comercio, creen que las facultades otorgadas a la Superintendencia no van más allá de su tenor literal; y por lo que respecta al artículo 2035 del mismo, que la potestad reglamentaria sólo puede ser ejercida por el Goierno Nacional y careciendo la Superintendencia de tal calidad como aparece definido en el artículo 57 de la Constitución Nacional, no puede arrogarse funciones de "Gobierno Nacional", menos cuando éste tampoco podría ir más allá de los lineamientos de la ley.

Tercer cargo: Violación de los artículos 5º y 7º del Decreto 1520 de 1978 y 26 y 86 del Código de Comercio.

Según el artículo 7º del Decreto 1520 de 1978, las funciones de las cámaras de comercio quedan reducidas a las señaladas por los artículos 5º del mismo Decreto y 86 del Código de Comercio; por eso, estudiando de conjunto los artículos 26, 27 y 86, numeral 3º, del Código, resalta, para los actores, que el registro mercantil a cargo de las cámaras de comercio, sólo puede efectuarse con sujeción estricta a la ley, no pudiendo inscribir más actos, libros o documentos que los indicados en ella.

De modo que al suplantar la Resolución al legislador, como lo estiman, y hacer obligatorio el registro de un documento como el cuestionado, compeliéndolas a ejecutar funciones que legalmente no tienen, resulta ella lesiva del estatuto de las cámaras de comercio.

Copian una parte del auto de 19 de agosto de 1980 del Consejo de Estado, en el cual se deja sentado que, en materia de atribuciones de la Superintendencia frente a las cámaras de comercio, hay un control de legalidad de las actividades de éstas, que no es administrativo de tutela, ni una forma de subordinación jerárquica; de donde la facultad para aprobar o improbar ciertas actuaciones de las cámaras, no implica que la voluntad de la Superintendencia sea complemento necesario para conformar o perfeccionar la voluntad de aquellas.

Cuarto cargo: Violación del artículo 643 del Código de Procedimiento Civil.

Dado que la norma invocada exige la inscripción en el registro público de comercio sólo de copias de la partición y de la sentencia aprobatoria, observan los demandantes una transgresión adicional en la Resolución acusada, cuando impone el registro de una escritura de liquidación no contemplada en el estatuto procedimental, a más de que la disposición en cita es reiterativa, a su juicio, del orden secuencial de pasos por evacuar en el proceso de liquidación, en el sentido de que

la partición y la sentencia, una vez registradas, se integran al expediente que luego ha de ser protocolizado.

Quinto cargo: Violación de los artículos 12, 76-1 y 120-15 de la Constitución.

Explican la infracción del primero sobre la base de que el régimen de sociedades es privativo del legislador y como la Resolución atacada exige el registro de un documento no señalado por aquél, invade su campo; del segundo, con fundamento en que las reglas sobre liquidación de sociedades y su registro mercantil deben dictarse exclusivamente por el Congreso, de modo que cuando la Superintendencia consigna sus propias normas sobre el tema, se convierte en colegisladora, violando el estado de derecho; y del tercero, porque la inscripción que compete al Gobierno Nacional no opera sino en virtud de leyes, y las funciones de inspección administrativa de la Superintendencia, que son de simple vigilancia, obviamente sólo pueden hallar sustento en la ley, no siendo lícito que las convierta en creadoras de normas.

II. Consideraciones de la Sala:

1. Se dio curso en el proceso a la petición principal; se denegó la accesoria de suspensión provisional por las razones que entonces se expresaron, se surtieron la notificación personal a la parte demandada y al señor Agente del Ministerio Público, la fijación en lista y el traslado; no fue el caso de practicar pruebas; no se alegó de conclusión.

Procédese ahora al análisis y apreciación de la extensa argumentación de los demandantes, resumida en los capítulos anteriores, como asunto de puro derecho, encaminada como está a la demostración de un ejercicio exorbitante de las atribuciones propias de la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de los literales acusados, generador, según lo juzgan ellos, de elementos extraños a la fase de liquidación de las sociedades comerciales, en cuanto exige el registro mercantil de documentos inexistentes o que, al menos, no corresponden a una definición legal e incurre en defectos de técnica procesal que subvierten la secuencia natural de las actuaciones del proceso de liquidación.

2. *Disposiciones impugnadas*

Dicen así los apartes correspondientes de la Resolución demandada:

"...por la cual se determinan los libros que deben llevar las cámaras de comercio para efectos del registro mercantil y se señala el procedimiento para su inscripción.

"El Superintendente de Industria y Comercio, en uso de las facultades legales, especialmente las conferidas por el artículo 27 del Código de Comercio, RESUELVE:

...

"*Artículo 2º* Las cámaras de comercio, para efectos del registro mercantil, llevarán los siguientes libros:

...

"Libro IX. De las sociedades comerciales. Se registrará en este libro:

"a) Copia de las escrituras de constitución, reformas, disoluciones o liquidación de las sociedades comerciales, así como las providencias referentes a estos actos;

...

"d) Tratándose de sociedades vigiladas, a la escritura de liquidación se anexará la providencia de la Superintendencia respectiva que apruebe la misma...".

3. *Cargos de ilegalidad*

El texto de la primera serie de normas vulneradas, es como sigue:

3.1. *Código de Comercio:*

"*Artículo 26.* El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad...".

"*Artículo 27.* El registro mercantil se llevará por las cámaras de comercio, pero la Superintendencia de Industria y Comercio determinará los libros necesarios para cumplir esa finalidad, la forma de hacer las inscripciones y dará las instrucciones que tiendan al perfeccionamiento de la institución".

"*Artículo 28.* Deben inscribirse en el registro mercantil:

...

"9º La constitución, adiciones o reformas estatutarias y la liquidación de sociedades comerciales.

"10. Los demás actos y documentos cuyo registro mercantil ordene la ley".

3.2. *Decreto-ley 960 de 1970:*

"*Artículo 58.* Cuando las actuaciones o documentos que deban protocolizarse estén sujetos a registro, esta formalidad se cumplirá previamente a la protocolización".

Las disposiciones 26, 27 y 28-9 y 10 del Código de Comercio, definen claramente las finalidades del registro mercantil, el órgano competente para llevarlo y los actos, libros y documentos materia del mismo, compendio éste que no pudieron ser exhaustivo en los ordinales del artículo 28, se debe enviar, necesariamente, al legislador para su complementación.

También es nítido y así lo admite el epígrafe de la Resolución demandada, que las funciones de la Superintendencia, en este caso, se contraen a la determinación de los libros que deben llevar las cámaras de comercio para el registro mercantil, de la forma de diligenciar las inscripciones y de las instrucciones que propendan al perfeccionamiento de la institución.

Resulta, así mismo, evidente que la expresión "liquidación de sociedades comerciales", consignada en el artículo 28-9 del Código, dista de ser análoga o equivalente a la de "escrituras de liquidación de las sociedades comerciales" del artículo 2º-a) de la Resolución puesto que, como con razón lo afirman los actores, la primera relieva un acto complejo, mientras que la segunda es, sencillamente, un documento.

Así, cuando el artículo 28-9 exige inscribir liquidación, lo que en la práctica se entendería es que deben registrarse actos, como el de nombramiento o remoción del liquidador, que no tienen mayor relievancia documental; en tanto que si lo que se inscribe es constitución, adición o reforma, expresamente los artículos 40, 110, 111, 113, 121 y 158 *ibídem*, citados en la demanda, ordenan registrar documento o escritura pública, siendo particularmente minucioso el artículo 34 *ibídem*, acerca del procedimiento de inscripción de los mismos.

Si el legislador hubiera previsto el registro de documentos específicos de liquidación, hubiera sido igualmente prolijo como en el artículo 34, o concreto como aparece en los demás artículos.

No queda duda, pues, sobre la existencia del vacío normativo que apuntan los actores en las palabras del profesor Gabino Pinzón.

Válida es también la censura sobre antitecnicismo y contradicciones del artículo 2º-a) de la Resolución, porque siendo la disolución una reforma, según el artículo 162 *ibídem*, cuando menos induce a confusión que se enumeren por separado; en la misma forma, si el artículo 58 del estatuto notarial impone el registro, incluso mercantil, como previo a la protocolización, no es razonable que la Resolución disponga registrar una escritura cuya existencia estaría condicionada a la protocolización.

Si a la Superintendencia, pese a que sus fines prevén el cumplimiento de algunas de las atribuciones administrativas constitucionalmente asignadas al Presidente de la República, le están vedados naturalmente, no sólo la asunción de ejercicios que impliquen reglamentación de preceptos superiores, sino eventos de discrecionalidad o cualquiera otra forma de actuación que afecte la garantía constitucional de legalidad, forzoso es concluir que, mediante las disposiciones acusadas, excedió sus facultades legales y debe accederse a las pretensiones de la demanda, sin que sea necesario estimar los demás cargos formulados.

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

Falla:

Declárase la nulidad de los literales a) y d), Libro IX de las sociedades comerciales, artículo 2º de la Resolución 1353 de 27 de julio de 1983, dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, sólo en cuanto establecen como obligatorio el registro mercantil de la escritura de liquidación de las sociedades comerciales.

Envíese copia de esta providencia a la Superintendencia de industria y Comercio y a la Cámara de Comercio de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

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

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS. APLICACION AL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN LA VIA GUBERNATIVA EN ACTUACIONES DE INDOLE PENAL ADMINISTRATIVA. En la vía gubernativa de actuaciones puramente administrativas, rige este principio por virtud de lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil. Distinto es el caso frente a actuaciones de índole penal administrativo, porque entonces la aplicación analógica ha de hacerse con referencia del Código de Procedimiento Penal, en donde la norma pertinente es el artículo 3º de la Ley 17 de 1975, que corresponde al 197 Bis de la mencionada codificación (Reiteración jurisprudencial).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecinueve de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Joaquín Vanín Tello.*

Proyecto: Doctor *Roberto Salgado Zamudio*, Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 565 (9409). Autoridades nacionales.

Actor: Gonzalo Castellanos Martínez.

Gonzalo Castellanos Martínez, por intermedio de apoderado, ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda en la cual solicitó se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera:* Declarar que es nula la Resolución originada en la Viceprocuraduría General de la Nación, calendada el día 28 de enero de 1983 y mediante la cual se desató el recurso de *apelación* interpuesto por el señor Gonzalo Castellanos Martínez, contra la Resolución número 0236 del 6 de octubre de 1982 emanadas de la Procuraduría Regional de Bucaramanga.

"*Segunda:* Declarar que es nulo el Decreto número 077 del 16 de febrero de 1983 dictado por el Procurador General de la Nación, y mediante el cual, se destituyó al doctor Gonzalo Castellanos Martínez, con fundamento en la Resolución originada por el Viceprocurador General de la Nación.

"Como consecuencia de las anteriores declaraciones, adóptense las siguientes o similares decisiones:

"1. Ordenar el reintegro del doctor Gonzalo Castellanos Martínez al cargo de Abogado Visitador Grado 16 de la Oficina Seccional de Málaga o a otro superior o de igual categoría.

"2. Ordenar el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones, con sus respectivos incrementos, dejados de percibir a consecuencia de la destitución, hasta que se haga efectivo el reintegro.

"3. Declarar que no ha existido solución de continuidad con respecto a su relación de servicio, para todos sus efectos" (fls. 2 y 3).

Se afirmaron estos hechos y omisiones:

"1º El señor Gonzalo Castellanos Martínez, se vinculó a prestar sus servicios a la Nación, como funcionario de la Procuraduría General, a partir del día seis (6) del mes de agosto del año de mil novecientos sesenta y cinco (1965), relación de servicio que se extendió sin solución de continuidad, hasta el día diecinueve (19) del mes de febrero del año de mil novecientos ochenta y tres (1983).

"2º Durante su permanencia en la Procuraduría General de la Nación, el actor desempeñó los siguientes cargos:

"a) Secretario Judicial III de la Procuraduría del Distrito Judicial de Bucaramanga desde 6 de 1965 hasta septiembre 2 de 1965, en propiedad;

"b) Asistente Judicial I, de la Procuraduría del Distrito Judicial de Bucaramanga desde septiembre 3 de 1965 hasta abril 28 de 1971, en propiedad;

"c) Secretario Auxiliar de la Procuraduría del Distrito Judicial de Bucaramnga desde abril 29 de 1971 hasta junio 30 de 1977, en propiedad;

"d) Abogado Visitador Grado 16 de la Oficina Seccional de Barrancabermeja desde julio 1º de 1977 hasta agosto 31 de 1978, en interinidad;

"e) Abogado Visitador Grado 16 de la Oficina Seccional de Málaga, traslado desde septiembre 1º de 1978, hasta febrero 19 de 1983.

"Cargos desempeñados en encargo.

"Secretario de Oficina de la Procuraduría Regional de Bucaramanga desde octubre 25 de 1976 hasta enero 13 de 1977.

"Jefe de Oficina Seccional de Málaga en las siguientes fechas: De abril 6 de 1979, hasta junio 1º de 1979. De mayo 27 de 1980, hasta octubre 8 de 1980. De diciembre 20 de 1981, hasta enero 10 de 1982. De febrero 1º de 1983, hasta febrero 18 de 1983.

"3º El día diecinueve (19) del mes de febrero del año de mil novecientos ochenta y tres 1983), el doctor Gonzalo Castellanos Martínez, fue destituido del cargo, mediante el Decreto número 077 de la misma fecha.

"4º Al momento de la destitución, el doctor Gonzalo Castellanos Martínez, se desempeñaba como Abogado Visitador de la Procuraduría, Grado 16 de la Oficina Seccional de Málaga.

"5º Previa acción disciplinaria adelantada por el Procurador Regional de Bucaramanga, contra el doctor Gonzalo Castellanos Martínez, le fue impuesta, mediante Resolución número 0236 de octubre 6 de 1982, una sanción equivalente a la *suspensión* por tres (3) meses, sin derecho a remuneración, en el ejercicio del cargo.

"6º La Resolución disciplinaria número 0236 del seis (6) de octubre, le fue notificada personalmente al doctor Castellanos Martínez, el día ocho (8) del mismo mes y año, advirtiéndose el derecho que le asistía de interponer el recurso de *apelación* para ante el señor Viceprocurador General de la Nación.

"7º El doctor Gonzalo Castellanos Martínez, en el acto de notificación, interpuso contra la providencia ya citada, el recurso de *apelación*.

"8º Mediante auto de fecha octubre 18 de 1982, el Procurador Regional de Bucaramanga, concedió para ante el Viceprocurador General de la Nación, el recurso interpuesto, auto que fue notificado por Estado, el día 21 del mismo mes y año.

"9º Esta providencia calendada el 28 de enero de 1983, el Viceprocurador General de la Nación, desató la *alzada*, manifestando discrepar de la sanción impuesta por el fallador *a quo* y modificó la Resolución número 0236 del 6 de octubre de 1982, dictada por el Procurador Regional de Bucaramanga, en el sentido de cambiar la sanción de tres (3) meses de suspensión, por la *destitución*, haciéndose más gravosa la situación del apelante.

"10. La providencia a la cual hace referencia el hecho anterior, le fue notificada al actor por —edicto—, observándose que la parte motiva inserta no corresponde al contesto de la original.

"11. Con fundamento en la providencia del señor Viceprocurador, el Procurador General de la Nación, procedió a destituir al doctor Gonzalo Castellanos Martínez, hecho que se materializó, mediante el Decreto número 077 de febrero 16 de 1983.

"12. El acto administrativo, mediante el cual se destituyó al funcionario, y puso fin a la actuación administrativa, no le fue notificado.

"13. A la fecha de destitución, el doctor Gonzalo Castellanos Martínez, devengaba una asignación de setenta y siete mil setenta y siete pesos ($ 77.077.oo) mensuales" (fls. 3 a 5).

Las normas violadas y el concepto de la violación aparecen expuestas de la siguiente manera:

"III. Normas violadas

"Artículos 26 de la Constitución Nacional; 357 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo y artículo 13 del Decreto-ley 2733 de 1959.

"IV. Concepto de violación

"Los actos administrativos acusados (providencia de segunda instancia, proferida por el Viceprocurador General de la Nación, calendada el 28 de enero de 1983 y el Decreto 077 de febrero 16 de 1983), son violatoria de ley, por las siguientes razones:

"El artículo 26 de la Constitución Nacional, entre los principios en él consagrados y derechos tutelados, se encuentra el del 'debido proceso', que establece el trámite del juzgamiento, con la observancia de la 'plenitud de las formas propias de cada juicio'; observancia que es y debe ser obligatoria, por ser, a más de un mandato constitucional, es a la vez, norma de orden público. A *contrario sensu*, nos encontraríamos frente al capricho o arbitrariedad del funcionario, llevándose de calle, los derechos que la misma Constitución y a la ley tutela. En efecto, el artículo, prescribe:

"'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente y *observando la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)*'. El fuera (sic) del texto.

"Dentro del término de la acción disciplinaria, contra el actor, el Viceprocurador y subsiguientemente el Procurador General de la Nación, no observaron 'la plenitud de las formas propias del procedimiento disciplinario administrativo', por cuanto:

"a) 'La apelación, según el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, *se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante*, por tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, (...)'. Rayado fuera de texto;

"b) El funcionario del conocimiento, sancionó al actor, con tres (3) meses de suspensión, sin derecho a remuneración; el superior al desatar la *alzada*, modificó el fallo de primera instancia, en contra del recurrente, al cambiar la *suspensión* por la *destitución;*

"c) Es ostensible la violación del principio *reformatio in pejus*, el cual rige en materia administrativa en virtud de lo dispuesto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en estrecha concordancia con el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo;

"d) El Decreto-ley 2733 de 1959, que desarrolla el artículo 45 de la Constitución Nacional (derecho de petición), regula en su Capítulo II, el procedimiento gubernativo y allí se establece claramente que tanto para el recurso de *reposición*, como el de *apelación*, rige el principio de la *reformatio in pejus* y por lo tanto no se puede desmejorar la situación del recurrente.

"Se infiere de lo expuesto, que al violentarse el 'debido proceso' previsto por la Carta y desarrollado por normas reglamentarias y procedimentales, es procedente el restablecimiento del derecho de mi poderdante, derecho adquirido por justo título, habida cuenta de la legalidad de su nombramiento, posesión y subsiguiente relación de servicio.

"Sirvan las anteriores consideraciones, para demandar de los honorables Magistrados, con mi acostumbrado respeto, una decisión favorable a las pretensiones del actor" (fl. 5 a 7).

Tramitado el proceso y reconstruido, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

Consideraciones:

Según la demanda transcrita, el tema se circunscribe a averiguar si en el procedimiento disciplinario que condujo a la desvinculación del actor, era viable que el funcionario de segunda instancia hiciera más gravosa la situación del demandante al cambiar la sanción de suspensión por tres meses sin derecho a sueldo que le impuso el funcionario de primera instancia, por la de destitución, que efectivamente se ejecutó.

El actor estima que se quebrantaron con tal proceder los artículos 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por la remisión que hacía el artículo 282 de la Ley 167 de 1941 y el Decreto 2733 de 1959, por las razones que atrás se transcribieron.

Estudiado el asunto, la Sala encuentra que la aplicación del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 282 de la Ley 167 de 1941 y 267 del Código Contencioso Administrativo, se refiere a los procedimientos y actuaciones que correspondan a esta *jurisdicción* y no a la vía gubernativa, en cuyo marco es procedente de tal código la aplicación de las cuales de recusación y los medios de prueba, por mandato de los artículos 30 y 57 de aquella obra.

Como se ve, no tiene razón el demandante cuando reclama la aplicación a su caso del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en el trámite de la apelación surtida en la Procuraduría General de la Nación.

De otra parte, tampoco acierta la demanda cuando categóricamente afirma que en el Capítulo II del Decreto 2733 de 1969 se estableció que en los recursos de reposición y apelación rige el principio de la *"reformatio in pejus"*, en razón de que si rigiera le estaría dando la razón al proceder de la administración. Tal vez lo que quiso afirmarse era que regía el principio de la *non reformatio in pejus*, pero ni el uno ni el otro están previstos en el mencionado Decreto.

Lo expuesto sería suficiente para negar las pretensiones de la demanda como consecuencia de no haberse demostrado ninguna de las causales de nulidad invocadas.

Sin embargo, debe agregar la Sala que la modificación agravante de la situación del demandante a que se hizo referencia tiene respaldo en los mandatos de los artículos 20 de la Ley 20 de 1972 y 3º de la Ley 17 de 1975, cuyo tenor es:

"Artículo 20. En la tramitación de los procesos disciplinarios se aplicarán a falta de disposición expresa las norma del procedimiento penal".

"Artículo 3º Llevará el número 197 *bis* del Código de Procedimiento Penal, y quedará así:

" 'Artículo 197 *bis. Reformatio in pejus.* El recurso de apelación otrga competencia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada' ".

Como en el procedimiento disciplinario no existe norma sobre la competencia del funcionario de segunda instancia, resulta obligada la aplicación del transcrito artículo del Código de Procedimiento Penal.

En sentencia del 8 de noviembre de 1978 proferida por la Sección Primera dijo el Consejo de Estado sobre el particular:

"Esta Sala ha sostenido íntegramente la aplicabilidad de ese principio no sólo en el proceso administrativo, sino en el procedimiento de la vía gubernativa. Hasta ahora la jurisprudencia no había hecho distinción entre las actuaciones administrativas comunes o estrictamente administrativas, y los procedimientos administrativos de carácter general correccionales o disciplinarios, en relación con la aplicabilidad del principio de la *reformatio in pejus*; pero hoy, bajo la vigencia del artículo 3º de la Ley 17 de 1975, por medio de la cual se 'otorgó competencia al juez o tribunal para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada', lo cual equivale a autorizar la *reformatio in pejus* en el proceso penal, se impone la distinción aludida. Por consiguiente, en la vía gubernativa de actuaciones puramente administrativas, rige el principio de la *reformatio in pejus* por virtud de lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil conforme al cual el recurso se entiende interpuesto sólo en lo desfavorable al recurrente. Muy distinto es el caso frente a actuaciones de índole penal administrativa, porque entonces la aplicación analógica, ha de hacerse con referencia al Código de Procedimiento Penal, en donde la norma pertinente es el citado artículo 3º de la Ley 17 de 1975, que corresponde al 197 *bis* de la mencionada codificación" (Tomo III Diccionario Jurídico. Pág. 567).

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:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 13 de marzo de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN UNICA INSTANCIA. ASUNTOS PROFERIDOS POR EL "INCORA".—

(Art. 128 del Decreto 01 de 1984).

1º Las relacionadas con la CONDICION RESOLUTORIA DE LOS BALDIOS NACIONALES (art. 7º de la Ley 52 de 1931).

2º Los relacionados con la declaración administrativa de EXTINCION DEL DOMINIO O PROPIEDAD (numeral 8º del art. 128).

3º Los de NULIDAD de los Actos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

COMPETENCIA EN ASUNTOS PROFERIDOS POR EL "INCORA".

Cuando además de la nulidad del Acto se solicite el restablecimiento del derecho o la reparación del daño.

FACTOR DE CUANTIA Y TERRITORIO PARA DETERMINAR COMPETENCIA (Reiteración jurisprudencial).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Actor: Alberto María Cabrera Delgado.

El apoderado del señor Alberto María Cabrera Delgado, demandó la revisión de las Resoluciones número 002784 de junio 11 de 1986, emanada de la Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, mediante la cual se niega la solicitud de desafectación del predio rural denominado "Charguayaco", ubicado en el Municipio de Tambo, Departamento de Nariño; y de la Resolución número 036, de junio 11 de 1986, emanada de la Junta Directiva del mismo instituto, por medio del cual se aprueba, con el voto favorable del señor Ministro de Agricultura, la Resolución primeramente citada.

Para resolver sobre la admisibilidad de la demanda,

Se considera:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, en única instancia, tiene competencia para conocer de los asuntos proferidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en los siguientes casos:

a) Los relacionados con la condición resolutoria de los baldíos nacionales conforme al artículo 7º de la Ley 52 de 1931, según el cual, "si el Gobierno, dentro de los términos señalados en la presente ley,

no resolviere sobre la solicitud de adjudicación, podrá éste o su sucesor, solicitar al Consejo de Estado que se declare que se han cumplido o no las condiciones de su título de adjudicación" (numeral 7º, norma citada);

b) Los relacionados con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad (numeral 8º, art. 128), mediante el ejercicio de la acción de revisión consagrada en el artículo 23 de la Ley 135 de 1961;

c) Los de nulidad de los actos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en los casos previstos en la ley (numeral 9º, art. 128).

En relación con estos actos, si se pretende la simple nulidad de ellos, el asunto se tramita ante esta Corporación. Pero si la demanda busca, además de la nulidad del acto, el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, deberán tomarse en cuenta, para efectos de determinar la competencia, los factores de cuantía y territorialidad, como lo disponen los numerales 9º de los artículos 131 y 132 del Código citado.

En las acciones de restablecimiento del derecho, el hecho de que la demanda no establezca la cuantía de la pretensión, no significa imposibilidad de hacerlo.

En el *sub lite*, la pretensión busca la nulidad de los actos administrativos impugnados, y, como consecuencia, la desafectación del predio, lo que implica que el derecho de dominio revierta al patrimonio del demandante, típica pretensión de restablecimiento del derecho, de competencia del Tribunal administrativo del lugar de ubicación del inmueble, como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sección.

Así, en providencia de abril 15 de 1986, expediente 4765, actor Banco del Comercio, en un caso similar, dijo:

"Pero esa presentación tendrá que hacerse ante el Tribunal de ubicación de los inmuebles adjudicados como baldíos, según las Resoluciones impugnadas. Estima el suscrito que esta competencia no es de única instancia ante esta Corporación, como a primera vista se desprende de la lectura del numeral 9º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo.

"Este numeral es sólo para los contenciosos de nulidad y no para los de restablecimiento (el caso concreto). Estos tienen un régimen diferente, en el que juegan los factores territoriales y de cuantías. No quiso el legislador acabar con la desconcentración que a este respecto venía desde la Ley 135 de 1961. Y no sólo no lo hizo sino que quiso que la controversia se siguiera ante los tribunales de ubicación del inmueble para abaratar así el servicio de justicia y para una mejor inmediación probatoria.

"En este sentido, la norma de competencia aplicable hay que hallarla en los artículos que regulan ese aspecto frente a los tribunales, según la cuantía de la pretensión.

"Así, el presente asunto podrá subsumirse en los numerales 9 de los artículos 131 y 132, según el estimativo que se haga en la demanda" (Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo).

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria,

Resuelve:

Remítase por competencia el expediente de la referencia al Tribunal Administrativo de Nariño, previa desanotación en los libros de la Secretaría.

Cópiese y notifíquese.

Julio César Uribe Acosta.

Arturo Mora Villate, Secretario.

DERECHO DE PETICION (Nulidad).—

1º Concepto.

2º "Limitación" a los días que se señalen para su cumplimiento constituye violación.

Declárase la nulidad de la Circular número DB 002 del 4 de enero de 1984 de la Superintendencia Bancaria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Policarpo Castillo Dávila.*

Referencia: Radicación 566. Demanda de nulidad contra la Circular Externa número DB 002 de enero 4 de 1984 de la Superintendencia Bancaria. Actor: Carlos Alberto Navia Raffo.

El planteamiento de la situación por contemplar en este proceso está insuperablemente descrito por la señora Fiscal Sexto del Consejo de Estado en su concepto del 27 de noviembre de 1986 que en lo pertinente se transcribe:

"El abogado Carlos Alberto Navia Raffo en ejercicio de acción pública, pide se declare la nulidad del acto administrativo de carácter general emanado de la Superintendencia Bancaria y contenido en la Circular Externa número DB 002 de enero 4 de 1984 por ser violatorio de los artículos 2, 20, 63, 76 y 120-3 de la Constitución Nacional; del artículo 57 de la Ley 4ª de 1913 y de los artículos 5, 9 y 25 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 001 de 1984).

"El acto acusado

"La Circular acusada está dirigida a los Presidentes y Gerentes de los establecimientos bancarios, corporaciones financieras y corporaciones de ahorro y vivienda y dice así:

" 'Con el fin de dar un trámite ágil y ordenado a las solicitudes de apertura de oficinas de las entidades que ustedes representan, este Despacho ha considerado conveniente establecer el siguiente procedimiento:

"a) Durante los primeros quince (15) días de cada trimestre calendario (enero, abril, julio y octubre) se remitirán a la Superintendencia Bancaria las solicitudes correspondientes, las cuales deberán llenar los requisitos exigidos por las Circulares Externas OE 91, 107 y 108 de 1979;

"b) Una vez efectuados los estudios del caso, este Despacho decidirá sobre las solicitudes presentadas oportunamente, dentro del respectivo trimestre, decisión que se comunicará a los interesados a más tardar el último día hábil del mismo período (marzo, junio, septiembre y diciembre).

"Respecto de las solicitudes que correspondan al primer trimestre del año en curso (enero-marzo), éstas podrán ser presentadas ante la Superintendencia hasta el 31 de enero próximo. En lo sucesivo, se seguirán invariablemente las instrucciones impartidas en la presente Circular.

"Finalmente, las solicitudes y estudios de factibilidad sobre los cuales la Superintendencia aún no se haya pronunciado, se retirarán a la mayor brevedad, a fin de, si de acuerdo con los intereses actuales de las entidades, tales oficinas son convenientes o necesarias, dichos estudios sean actualizados y elevadas nuevamente las respectivas solicitudes'.

"Aduce el accionante que al expedir la circular acusada el Superintendente se abrogó la facultad reglamentaria otorgada por la Constitución Nacional al Presidente de la República y que, por otra parte, tal reglamento cercena y limita el derecho de petición que garantiza la Carta Fundamental, al disponer que sólo puede hacerse uso de él durante 60 días de los 360 del año, y amplía indebidamente el término que tiene, según las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, para resolver".

La demanda incluía la petición de suspensión provisional de la Resolución de la Superintendencia, la cual fue decretada por auto de abril 18 de 1986 (fl. 9). La apoderada de la Superintendencia suplicó la providencia y en la consideración del recurso esta Sala se expresó así:

"El artículo 45 de la Constitución Nacional que garantiza el derecho de petición, en el cual tienen su fundamento todos los Código de Procedimiento, y los artículos 5º a 26 del Código Contencioso Administrativo, vigente (Decreto 01 de 1984), no contienen ninguna restricción en el tiempo para ejercer el derecho de petición, como lo hizo el señor Superintendente Bancario en la circular suspendida. No se discute que el señor Superintendente Bancario pueda dictar un reglamento sobre la actuación interna, según lo previsto en el artículo 1º de la Ley 58 de 1982; tampoco que está facultado por la ley para autorizar el funcionamiento de sociedades financieras y la apertura de sus sucursales o agencias, o que pueda tomar posesión de ellas, para administrarlas o liquidarlas todo en desarrollo de normas legales, lo cual se repite, no se discute ni es objeto de la demanda y del auto suplicado; lo que se cuestiona es que él esté facultado por alguna ley, que no se menciona como fundamento de la Circular, para fijar términos hábiles a los particulares, así sean sociedades sometidas a su vigilancia y control, dentro de los cuales puedan solicitar autorización para abrir una sucursal, pues ni siquiera el legislador al reglamentar el ejercicio del derecho de petición, indica a los ciudadanos y demás personas jurídicas o naturales, en cuáles días del mes o del año pueden dirigir sus peticiones a las autoridades. Seguramente el señor Superintendente al dictar la Circular tuvo en mente situaciones de orden interno y quiso ordenar o

facilitar el trámite de las solicitudes; no se discute que el señor Superintendente Bancario pueda reglamentar el trámite administrativo interno; para lo que no está facultado es para indicarle a los terceros, cualesquiera que ellos sean, en qué días pueden dirigir peticiones que serán atendidas regularmente y que las que se hagan fuera de esos términos, no lo serán.

"Por otra parte es necesario resultar que el artículo 46 de la Ley 45 de 1923, ordena que 'no podrá abrirse ninguna sucursal en Colombia o en el exterior hasta que el establecimiento bancario haya obtenido autorización escrita del Superintendente'; por ello el artículo 27 del Código Contencioso Adminitrativo (Decreto 01 de 1984), contemplando ese y otros eventos expresa: 'Cuando una norma imponga a una persona *el deber de presentar una solicitud*, una declaración tributaria o de otra clase o una liquidación privada, *o el de realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa*, las autoridades no podrán impedirlo ni negarse a recibir el escrito con el que se pretenda cumplir el deber. Ello no obsta para que se advierta al interesado las faltas en que incurre, o las que aparentemente tiene su escrito'.

" 'El interesado realizará ante el correspondiente funcionario del Ministerio Público los actos necesarios para cumplir su deber, cuando las autoridades no los admitan, y el funcionario ordenará iniciar el trámite legal, e impondrá las sanciones disciplinarias pertinentes'.

"En estas actuaciones se aplicará lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 5º, y en los artículos 11, 12, 13, 14 y 15" (Lo subrayado es de la Sala).

Lo transcrito se produjo para fundamentar y confirmar la providencia de suspensión provisional de la Resolución bancaria. Esta providencia está produciendo sus efectos y a la fecha de esta sentencia la reglamentación de la Superintendencia no ha tenido vigencia alguna.

La doctora Patricia Murcia Páez, obrando como apoderada judicial de la Superintendencia Bancaria, en escrito presentado oportunamente, se opone a que se acepten las pretensiones de la demanda y en su lugar se confirme con fallo con fuerza de cosa juzgada, la legalidad de la Circular Externa DB 002 expedida por la Superintendencia Bancaria resume su argumento de oposición al sostener que "las solicitudes tendientes a obtener autorización para la apertura de sucursales de establecimientos de crédito, no constituye expresiones del derecho de petición en interés particular, sino simples actuaciones administrativas, por lo cual sí admiten ser reglamentadas de manera especial; más, aún, limitadas o restringidas en su manera de adelantarse, tal y como lo hizo la circular suspendida al señalar términos para la presentación de tales solicitudes de permiso".

Sobre la teoría de que la actividad bancaria es un servicio público, ya que los organismos que la desarrollan y sirven están instituidos para satisfacer necesidades de interés general, las relacionadas con crédito y ahorro privado, y de que su ejercicio corresponde a una concesión del Estado, deduce la facultad gubernativa de su control por el Estado cual es el ejercido por intermediación del organismo oficial Superintendencia Bancaria.

Concluye estableciendo que dentro de este concepto de servicio público es como debe interpretarse la circular externa DB 002 de 1984 y además dentro del ejercicio del poder de "Policía Administrativa" que tiene la Superintendencia entendido como la potestad del Estado para estatuir el ordenamiento de las actividades individuales de los gobernados y termina transcribiendo al doctor Toro Agudelo: "Las actividades propias de la industria bancaria no son absolutamente libres en Colombia. Están en primer término, condicionadas a una organización estrictamente reglamentada, por fuera de la cual su funcionamiento no está permitido".

Revive su argumento expresado en el recurso de súplica contra la providencia de suspensión provisional de cómo las solicitudes de apertura de sucursales, agencias u oficinas de los establecimientos de crédito no reúnen las características propias del derecho de "petición" sino que son simples actuaciones administrativas que ante la Superintendencia Bancaria deben cumplir los industriales de la banca y por tanto son susceptibles de regulación por dicha autoridad.

Para descorrer el traslado que se dio al Ministerio Público, la señora Fiscal Sexto del Consejo de Estado emitió concepto declarándose de acuerdo con lo expuesto por la Sala de la Sección Cuarta en la tramitación de la suspensión provisional en cuanto a que el derecho de petición sin que se ejerza como derecho político en interés general o se trate de una exigencia para iniciar la actuación administrativa, sólo puede ser limitado por normas que tengan jerarquía de ley.

Son de este concepto los dos apartes que se transcriben:

"Sin importar cuan buenas hayan sido las intenciones de la Superintendencia al emitir la circular acusada, debemos concluir que al hacerlo, desbordó la competencia que la ley le atribuye. El ejercicio del poder de control y vigilancia permite a la Superintendencia dictar instrucciones obligatorias para las entidades bancarias, pero no le autoriza para limitar el derecho que tienen éstas de poner en movimiento la actividad del Estado a través de peticiones ya sea de interés social o de interés individual y de obtener pronta solución".

"……

"No comparte la Fiscalía la distinción que para formular su defensa hace la Superintendencia entre derecho de petición y actuación administrativa. La solicitud de la entidad financiera que, como bien lo anotó la Sala corresponde al cumplimiento de un deber legal, no constituye en manera alguna actuación administrativa y, por otra parte, la actuación administrativa que se cursa con ocasión de ella no es ajena al derecho de petición; por el contrario, surge a raíz de ésta".

Termina el concepto fiscal con la petición de que se acceda a las súplicas de la demanda.

Para resolver

Se considera:

La cuestión planteada a la consideración del Consejo de Estado por el actor tiene una proyección no muy dilatada pues en primer lugar

la circular demandada está dirigida a los Presidentes y Gerentes generales de establecimientos bancarios, corporaciones financieras y corporaciones de ahorro y vivienda, y en segundo lugar se trata de señalar un procedimiento para las peticiones de apertura de oficinas de las entidades a las cuales está dirigida. Casi podría considerarse que no era indispensable y de necesidad apremiante.

La intención o finalidad expresada por el Superintendente Bancario era la de dar un trámite ágil y ordenado a las peticiones aludidas. Pero parece que tal vez lo primero no era muy seguro de obtener, aunque posiblemente sí lo segundo.

La circular no cita disposición especial que sustente la regulación proyectada y posiblemente no la haya. No es posible suponer que se haya pensado en alguna facultad de reglamentación, porque ella no la tiene.

En realidad tales autorizaciones deben implicar en cada caso un proceso de análisis de las diversas circunstancias de ambiente, volumen de necesidades por satisfacer, gastos que ellos impone, condiciones económicas del medio en que han de actuar, etc., lo que demanda una cantidad de tiempo más o menos largo. Pero todo eso se relaciona con el funcionamiento de la Superintendencia y con la reglamentación de sus funciones, pero que no puede extenderse a las actividades de las entidades por ella vigiladas.

El derecho constitucional de petición cobija a todos los gobernados y las autoridades colombianas están en la obligación de atenderlas y resolverlas sin más limitaciones que las que señalen la Constitución y las leyes. La limitación a los días que la autoridad señale viola una y otras y rompe y entorpece el ejercicio de un derecho de que gozan todos los gobernados y mucho más los vinculados a un servicio público (establecimientos bancarios, corporaciones financieras y corporaciones de ahorro y vivienda) tan trascendental a los intereses económicos de los asociados. Estas consideraciones se desprenden de los objetos y peticiones de quienes han tenido oportunidad de intervenir en esta controversia y que han quedado vertidas en la parte motiva.

Por las razones expuestas el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Es nula la Circular número DB 002 del 4 de enero de 1984 de la Superintendencia Bancaria.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DESENCAJE BANCARIO. SANCIONES.—
Bases para liquidarlo.
ENCAJE REQUERIDO. ..... DE ENCAJE, ENCAJE COMPUTABLE Y ENCAJE CONGELADO. Definición.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., treinta de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1024. Actor: Banco de Occidente S. A. Autoridades nacionales.

Una vez reconstruido el expediente por los trámites del Decreto 3825 de 1985, procede la Sala a resolver la demanda "de nulidad y plena jurisdicción contra las Resoluciones 3342, 3343 y 5768, proferidas por la Superintendencia Bancaria el 30 de junio de 1980 las dos primeras y el 7 de noviembre de 1980 la última" según expone la demandante en su escrito del 3 de julio de 1981.

Mediante dichas providencias la Superintendencia Bancaria impuso al demandante Banco de Occidente sanciones autorizadas por la Resolución 65 del 79, de la Junta Monetaria por haber incurrido en situaciones de desencaje en los meses de abril y marzo de 1980. El recurso de reposición contra las respectivas Resoluciones 3342 y 3343 del 30 de junio fue resuelto en forma adversa por la Superintendencia, mediante la Resolución 5768 del 7 de noviembre de 1980 que cerró la etapa gubernativa.

El señor Fiscal Tercero se abstuvo de opinar la complejidad del tema e insinuó el nombramiento de dos peritos abogados contadores especialistas en el ramo bancario.

En resumen la impugnación se basa en considerar equivocada la base para el cálculo del encaje a que estaba obligado el Banco según la Resolución número 8 del 30 de enero de 1980, expedida por la Junta Monetaria mediante la cual principalmente puso fin o descongeló el encaje marginal del 100% sobre aumento de los depósitos que había decretado en enero de 1977 (Resolución número 2).

Considera la demandante violados en especial los incisos segundo de los artículos 1º y 3º de la Resolución 8 de 1980, por cuanto para llegar a la cifra de disponible o computable suman los recursos propios computados como disponibilidad del encaje de acuerdo con las Resoluciones 2 de 1977 y 9 de 1978, con la cifra de inversión forzosa en

títulos de la Caja Agraria que deberá demostrarse, no en el balance de 31 de enero de 1980, sino en el de febrero, pues la inversión sólo podía hacerse a partir del 20 de febrero según la reglamentación de la propia Superintendencia.

Dice la apoderada: "En la anterior interpretación la Superintendencia Bancaria, viola lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 3º de la Resolución número 8 de 1980, de la Junta Monetaria, por cuanto admite como congelado disponible, inversiones de la Ley 90, generado a partir del 20 de febrero, que son aquellas que al tenor de la norma citada, ya no serán computables para tales fines".

Concluye que conforme a las instrucciones de la Superintendencia en su Circular DAB-024 de 1980, la disponibilidad del Banco (la relativa a las Resoluciones 2 de 1977 y 9 de 1978 y la inversión forzosa de la Ley 90 de 1948) se limita al saldo demostrado en enero 31 de 1980 que según el balance (Columna 8, anexo 7-A) es la cantidad de $ 187.867.000, y no la suma de $ 147.212.000, que tomó la Superintendencia en las Resoluciones acusadas.

De lo anterior deduce la actora consecuencial violación al Decreto 2206 de 1963 (art. 3º) y de la Ley 7ª de 1973, que asignan a la Junta Monetaria la competencia para regular la materia de los encajes bancarios y como conclusión, los artículos 20, 63 y 120-15 de la Constitución por invadir el Superintendente competencias ajenas.

A su turno la representante judicial de la Superintendencia en memorial (fls. 93 a 100), en el cual analiza en forma pormenorizada la situación planteada, refuta a la demandante, en resumen, por tomar una base equivocada y además por incurrir en una confusión conceptual y numérica entre el requerido, monto vigente desde el 1º del mes calendario, y la inversión, exigible únicamente a partir del 20 también de cada mes.

Esta última puede llegar a ser igual o superior que el requerido, como le sucedió al Banco reclamante, pero "no obstante, pese a que la inversión resulte superior que al requerido, para efectos del computable (parte del encaje), sólo puede tomarse en cuenta el monto legalmente exigido, desechando el excedente de inversión".

Informa que en el proceso de la referencia, éste fue el único Banco que dio la personal interpretación a la Resolución número 8 de 1980 y que no habiendo incurrido la Superintendencia en violación de ella, tampoco son válidos los cargos de violación indirecta a las normas superiores con el Decreto 2206 de 1963, Ley 7ª de 1973 y la Constitución Nacional.

Consideraciones:

Los actos acusados están enmarcados dentro de la normatividad relativa al señalamiento de los encajes bancarios que corresponde a la Junta Monetaria por competencia asignada por el Decreto extraordinario 2206 de 1963 y la Ley 7ª de 1973 y la vigilancia de su cumplimiento en sus fases de control y sanción, que corresponden al Superintendente Bancario por orden de la Ley 45 de 1923 y las demás que con posterioridad la han adicionado.

Para los fines de este proceso, se destaca que en desarrollo de sus funciones relativas a la política monetaria, la Junta a finales de la década de los años setenta y con el objeto de frenar la monetización de las reservas originadas en la bonanza cafetera, decretó el encaje marginal del 100% sobre el incremento de depósitos y exigibilidades a la vista y antes de 30 días a partir del 31 de enero de 1977, medida que al perder su conveniencia y haberse convertido en fuente de graves distorsiones del sistema financiero, fue desmontada justamente a los tres años, mediante la Resolución número 8 del 30 de enero de 1980 cuyo texto e instrucciones para su publicación divulgó la Superintendencia mediante la Circular Externa DAB-024 de 1980 (febrero 8).

De la primera (Resolución 8 de 1980), se destacan los artículos 1º y 3º, ya que la demanda se funda en considerar violados los incisos segundo:

Resolución número 8 de 1980 (enero 30) Junta Monetaria

Artículo 1º "El encaje marginal del 100% aplicable a los aumentos de los depósitos de los establecimientos bancarios sobre el nivel registrado al cierre de operaciones el día 31 de enero de 1977, de que trata el artículo 1º de la Resolución 2 de 1977, se limitará al requerido que registre cada entidad el día 31 de enero de 1980.

"El monto global de los recursos propios de los bancos computado como disponibilidad del encaje que se limita en este artículo, se podrá seguir utilizando para el redescuento de las operaciones de crédito de que tratan los artículos 3º de la Resolución 2 de 1977 y 2º de la Resolución 9 de 1978".

Artículo 3º "Mientras permanezca congelado el encaje marginal, la inversión forzosa a que se refiere la Ley 21 de 1963 se aplicará sobre el incremento de exigibilidades al cierre de operaciones de los bancos el día 31 de enero de 1980".

"La inversión forzosa a que se refiere la Ley 90 de 1948, continuará demostrándose sobre los niveles requeridos en el balance mensual de los establecimientos bancarios. La inversión forzosa adicional que se genere a partir del 1º de febrero de 1980, no será computable como disponibilidad del encaje marginal que se limita en el artículo 1º de esta Resolución".

Por su parte, la Superintendencia precisó algunos de los aspectos prácticos sobre la forma de aplicar lo anterior con los siguientes apartes que se extractan de la Circular DAB-024 de febrero 8 de 1980:

"Según lo estipula el artículo 1º, el encaje marginal del 100% sobre los aumentos de los depósitos con relación al 31 de enero de 1977, se limita al saldo requerido el 31 de enero de 1980, registrado en la primera columna del anexo número 7. Para efectos de establecer a partir del 1º de febrero las exigibilidades no sujetas a marginal, se tendrá en cuenta uno de los procedimientos que a continuación se detalla; según el comportamiento de cada uno de los grupos que de acuerdo con la Circular 77 de 1977, conforman el marginal.

"Primer caso (Incremento de los tres grupos con relación a enero 31 de 1980).

. . . . . .

"Segundo caso (Disminución de uno de los tres grupos con relación a enero 31 de 1980).

. . . . . .

"Tercer caso (La disminución de dos grupos con relación a enero 31 de 1980, sin que el monto presente un nivel inferior a esta fecha).

. . . . . .

"Cuarto caso (Disminución de los tres grupos con relación a enero 31 de 1980, por baja de uno o varios de ellos).

. . . . . .

"A partir del 1º de febrero la primera columna del anexo 7 sólo se utilizará cuando se presente el 4º caso. Por lo demás, las exigibilidades seguirán anotándose por su total diario, en la forma acostumbrada...".

"III. En cuanto a las inversiones obligatorias, se cumplirán así:

Ley 90 de 1948: Sobre el requerido originado en las exigibilidades contabilizadas en el balance del mes anterior.

Ley 21 de 1963: Tal como lo dispone el artículo 3º, esta inversión sólo se ajustará, mientras permanezca congelado el encaje marginal, por la diferencia originada en el incremento de los depósitos en los meses de enero, abril, julio y octubre con relación a los anotados en enero 31 de 1980".

A título informativo y para una mejor comprensión del caso que es eminentemente especializado, se menciona a continuación el significado técnico de algunos vocablos usuales en esta materia, a saber: El encaje requerido o simplemente *requerido* se obtiene de aplicar el porcentaje de encaje legal a los depósitos y exigibilidades, convirtiendo así en cifras absolutas la expresión en términos porcentuales, que generalmente da la respectiva norma.

El *computable* corresponde a la forma como debe estar representado o invertido el encaje requerido que principalmente puede serlo en efectivo en caja, en depósitos en el Banco de la República y en las inversiones taxativamente señaladas como son, entre otras, los bonos de Deuda Pública de la Ley 21 de 1963 y los bonos Agrarios de la Ley 90 de 1948 a que alude la Resolución de 1980. Las inversiones de encaje o "sutitutivas de encaje" son obligatorias cuando corresponden a la sección o ahorros o bonos del Fondo de Garantías, las demás son voluntarias.

La *posición de encaje* se determina mediante la comparación del encaje requerido con el computable. Al comparar la suma total que el banco no debe colocar (requerido) con lo que efectivamente congela

(computable) se obtiene un resultado que puede ser igual o menor que el "computable" casos en los cuales no hay objeción legal alguna porque son las situaciones de equilibrio o de sobre encaje que significan que el banco congeló más dinero del que estaba obligado a reservar. Pero cuando el requerido es mayor que el "computable", significa que no congeló la totalidad de los recursos que estaba obligado a mantener en especies computables, o sea, que realizó colocaciones más allá de lo permitido después de deducir el encaje requerido y se produce así, la posición negativa, o de desencaje que sanciona la ley por intermedio de la Superintendencia Bancaria.

Sobre el contenido de la Resolución 8 de 1980, entiende esta Sala, entre otras cosas, lo siguiente: El primer inciso del artículo 1º puso fin al encaje marginal del 100% establecido en el año de 1977 y para desmontarlo se dispuso una congelación del mismo, o como lo indica la norma, "se limitará al requerido que registre cada entidad al día 31 de enero de 1980".

El punto principal de discrepancia radica en la interpretación sobre lo que debe entenderse por "el requerido registrado a 31 de enero de 1980".

Para la demandante éste era simplemente la cifra consignada en la columna 8 del anexo 7-A (Aumento recursos propios por redescuentos) que registró la cifra de $ 187.867.000, como componente del grupo de las "especies computables".

Para la Superintendencia este rubro es calculado en $ 147.212.000, como resultado de la aplicación de sus propias instrucciones impartidas no sólo en la Circular DAB-024 de 1980 sino desde antes en la DAB-56 de 1980 conforme a las cuales se computaban en este aparte los redescuentos en las líneas citadas en la Circular 24 más los bonos de Prenda y Descongelación Inversión Ley 90 de 1948 por corresponder a conceptos previstos en las Resoluciones 2 de 1977, 9 y 11 de 1978 vigentes.

Sobre este particular la Circular DAB 024 que como acto administrativo de carácter general no ha sido impugnado ni criticado por la demandante, dio la siguiente instrucción:

"En lo referente al anexo 7-A, se procederá de la siguiente manera:

"Columna número 4. Con la derogatoria del literal b) del artículo 11 de la Resolución 50 de 1974, se suprime a partir del 1º de febrero del año en curso, esta disponibilidad.

"En consecuencia, esta columna no se volverá a utilizar.

"Columna número 8. Disponibilidad de esta columna se limita al saldo demostrado en enero 31 de 1980 y podrá conformarse de la siguiente manera:

"a) Según lo señala el artículo 3º, por el incremento en la inversión de que trata la Ley 90 de 1948, según diferencia del requerido entre enero 31 de 1977 y enero 31 de 1980;

"b) Recursos propios aportados en el redescuento de bonos de Prenda y en créditos descontados con cargo a las siguientes líneas:

"Fondo Financiero Agropecuario. Fondo Financiero Industrial.

"Fondo de Promoción de Exportaciones. Fondo de Desarrollo Eléctrico.

"Fondo de Desarrollo Urbano".

En cuanto a la base misma y concretamente respecto al cómputo de los recursos propios y de Ley 90 de 1948, este Despacho encuentra ajustadas a las normas reglamentarias la explicación dada por la Superintendencia en el sentido de que se establecen en forma independiente para obtener un todo que es el "congelado" (columna 8) y que se determina así:

—La columna 8 está conformada por los recursos propios en créditos redescontables con cargo a las líneas de FFI, bonos de Prenda, Fondo D. U., Proexpo, FFA, F. Des. Eléctrico y "descongelación inversión Ley 90 de 1948".

Este computable se acepta hasta la suma registrada como disponible del marginal en 31 de enero de 1980.

—En cuanto a la inversión de Ley 90 de 1948, corresponde a la diferencia de requeridos entre enero 31 de 1977 (cuando se estableció) y enero 31 de 1980 (cuando se congeló).

Aplicadas estas bases a las cifras concretas, se obtiene el resultado, así:

Enero 31 de 1977 (requerido Ley 90)	103.290
Enero 31 de 1980, requerido:	
4.429.659 X 5%	-221.480
Total requerido "congelado"	118.190

Se llega así al global de:

Recursos propios que suman	22.022
más Ley 90 (según la anterior demostración) . .	118.190
Total recursos propios y Ley 90 de 1948	147,212

Esta fue la base que tomó la Superintendencia, como requerido al 31 de enero de 1980 y que la Sala encuentra correcta.

Finalmente, es necesario discurrir sobre el significado de los incisos segundo de los artículos 1º y 3: que según la actora, fueron violados.

Como puede verse en el texto ya transcrito en esta misma providencia, el inciso del primer artículo significa que para efectos del

redescuento de las operaciones de crédito de que tratan las Resoluciones 2 de 1977 y 9 de 1978, se podía seguir utilizando el monto de los recursos propios computado como "disponibilidad de encaje", Esta disposición es aclaratoria sobre la no interferencia de la medida adoptada de congelación, en las futuras operaciones de redescuento con el Banco de la República, pero que no influía directamente en el tema de la forma de cómputo del encaje para efectos sancionatorios, ni para determinar el requerido a enero 31 de 1980.

El artículo 3º adoptó disposiciones sobre las bases para calcular inversiones forzosas en bonos de deuda pública de la Ley 21 de 1963 como consecuencia de la congelación del encaje marginal, a fin de que pudieran hacerse en el futuro solamente sobre el incremento de las exigibilidades, o sea, sobre los aumentos generados después del 31 de enero de 1980.

Y el segundo inciso —indicado como violado por la actora—, adoptó un mecanismo similar y paralelo al de los bonos de la Ley 21, pero con relación a los bonos de la Ley 90 del 48, aclarando que las nuevas inversiones no se computarían como disponibilidad del encaje marginal que quedó limitado. No fijó ningún correctivo, como en el caso de los bonos de deuda pública, con lo cual dejó operar libremente la inversión adicional que resultaba de la liberación de depósitos, causada por la congelación del encaje marginal, pero respecto a este mismo aumento de la inversión, dispuso la norma que no se computaría como disponibilidad del mismo encaje marginal congelado a 31 de enero según el artículo 1º.

Los incisos mencionados contienen precisiones y correctivos a algunas posibles consecuencias derivadas de la congelación del encaje marginal del 100%, la primera relativa a las operaciones de redescuento y la segunda para el cómputo del encaje, pero para el futuro, no para determinar el requerido al 31 de enero de 1980, que como es obvio, su determinación debía hacerse por los procedimientos indicados en las Resoluciones de la Junta y Circulares de la Superintendencia vigentes en ese momento, como ya quedó explicado.

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:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(La presente providencia se discutió y aprobó en la sesión de Sala de la fecha).

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ENCAJE Y DESENCAJE.—

1º Artículo 7º del Decreto 1298 de 1980. Vigencia. Límite de encaje obligatorio para las secciones de ahorro de los bancos y corporaciones de ahorro y vivienda.

2º Desaparecidas para el Gobierno las facultades transitorias del literal i) del artículo 63 del Acto legislativo de 1979, en virtud de fallo de inexequibilidad, recobraron vigencia las que en igual sentido pero sin sujeción a la ley y en forma permanente le otorgaba el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional con fundamento en el cual expidió el Decreto 880 de 30 de marzo de 1982. Encaje. Reducción. BASE SOBRE EL CUAL DEBE CALCULARSE Y SANCION QUE ACARREA el hecho de transgredirlo.

3º LOS ENCAJES NO SON PENAS y a ellos no se les aplica el PRINCIPIO DE LA FAVORABILIDAD DE LA LEY POSTERIOR. SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD. Efectos. DECRETOS DEL GOBIERNO DICTADOS CON BASE EN NORMA DECLARADA INEXEQUIBLE. Consecuencias. Los fallos de inexequibilidad tienen efecto hacia el futuro y de ahí que la declaratoria de inexequibilidad de la norma que confirmó autorizaciones al Gobierno, no implica en forma automática la ilegalidad de los decretos dictados con base en ella. Así los decretos dictados con base en la facultad conferida por el literal i) del artículo 63 del Decreto legislativo número 1 de 1979, no son nulos en virtud del fallo de la Corte que declaró inexequible la Reforma Constitucional de 1979. SENTENCIAS DE NULIDAD. EFECTO. Puede tener efecto retroactivo respecto a situaciones sub júdice, *no consolidadas ni protegidas por la favorabilidad de la ley posterior.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., tres de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0065. Actor: Banco Central Hipotecario. Autoridades nacionales. Fallo.

El Banco Central Hipotecario —BCH—, por medio de apoderado legalmente constituido, ha demandado ante esta Corporación la nulidad de las Resoluciones 1097 de marzo 4 de 1982, 1630 de abril 5 de 1982 y 4778, 4779 ambas de agosto 30 del mismo año; por las primeras la

Superintendencia Bancaria impuso sanciones pecuniarias a la Sección de Ahorro y Vivienda del Banco por defectos de encaje en los meses de diciembre del 81 y enero del 82, y por las últimas se resuelvan los respectivos recursos de reposición que promovió en su oportunidad el apoderado del Banco demandante.

Petítum:

Solicita la nulidad de los actos acusados y como restablecimiento del derecho pide que se declare que no existe obligación de pagar la sanción impuesta en los actos demandados. O que subsidiariamente se reliquide la sanción teniendo como base un encaje legal del 10% sobre los depósitos en cuenta de ahorro de valor constante en los mencionados meses de diciembre 81 y enero 82, respectivamente.

Y, como restablecimiento del derecho que dentro del término previsto en el artículo 121, en el caso que se hayan cancelado las sanciones impuestas, se ordene a la Nación —Ministerio de Hacienda— y Superintendencia Bancaria, a reintegrar al Banco Central Hipotecario el valor de las sumas de dinero pagadas o las pagadas en exceso por dicho concepto.

Hechos:

El señor apoderado del demandante fundamenta la demanda en los siguientes hechos:

1º El Banco actor, presentó durante veinte días del mes de diciembre de 1981, en la Sección de Ahorro y Vivienda, defectos diarios de encaje sobre los depósitos en cuentas de ahorro de valor constante y esta situación persistió durante 19 días del mes de enero de 1982.

2º Los retiros masivos que los ahorradores hicieron en diciembre por razones tributarias y la necesidad del banco de atender las exigencias económicas de los constructores de vivienda para no paralizar obra ni licenciar masivamente a obreros, considera que fueron las causas principales del hecho generador de la sanción.

3º La Superintendencia Bancaria, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1º y 3º del Decreto 252 de 1980 y el 7º del Decreto 1298 de 1980, sancionó con multa a favor del Tesoro Nacional a la Sección de Ahorro y Vivienda del BCH, a través de las Resoluciones impugnadas, calculada al 2.5% mensual sobre el total de defectos liquidados en los días hábiles.

4º Hace un juicioso estudio de los decretos que con base en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional o en el literal i) del artículo 63 del Acto legislativo 1 de 1979, vigente cada uno en su oportunidad, expidió el Presidente de la República entre el período comprendido entre agosto del 74 y marzo del 82, que regularon las obligaciones de las corporaciones de ahorro en materia de encajes.

El análisis comprende: La fecha de expedición, las facultades invocadas, actividad y ente regulado, las bases y el porcentaje y el procedimiento fijado en cada precepto.

Concepto de la violación:

De manera muy sintética pueden presentarse los conceptos sustanciales de la violación en que funda sus pretensiones, así:

a) Posible inconstitucionalidad del Decreto 252 de 1980 por haber sido declarada inexequible la norma en la cual tuvo su fundamento;

b) Los decretos del ordinal 14 no pueden imponer penas; por lo tanto la norma en que se basó la Superintendencia Bancaria para sancionar es inconstitucional;

c) Aplicación de favorabilidad ya que un decreto posterior a la comisión de la infracción y a la imposición de la multa rebajó el encaje requerido para las corporaciones y secciones de ahorro y vivienda.

Se amplían los siguientes aspectos, así:

1º Estima que la Superintendencia Bancaria no tenía facultad para sancionar al actor, porque el Decreto 252 de 1980 se expidió con base en las facultades dadas por el literal i) del artículo 63 del Acto legislativo 1 de 1979 dada al Gobierno Nacional en forma transitoria. Como la Corte declaró inexequible el Acto legislativo 1 de 1979 se concluye, dice el apoderado, que el Decreto 252 por ese hecho desaparece de la vida jurídica.

Manifiesta que los reglamentos constitucionales o decretos autónomos expedidos por el Gobierno Nacional, la Constitución Nacional, les reconoce el carácter de obligatorios pero no tienen fuerza de ley; la misma Carta ha consagrado el principio de legalidad del delito y de la pena por lo que el Decreto 252 de 1980 es violatorio de la Constitución Nacional y la sanción es materia que sólo el legislador puede regular.

2º Como el Decreto 252 de 1980 es el fundamento de las Resoluciones acusadas propone la excepción de inconstitucionalidad en el evento de que la demanda de nulidad no haya sido resuelta cuando se falle este negocio.

3º Solicita que en caso de no atenderse la petición de declarar que no existe obligación de cancelar la sanción, se reliquide la multa, aplicando el principio de favorabilidad existente en la ley penal, tomando como base para el encaje el 10% de los depósitos en cuentas de ahorro (establecido por el Decreto 880 de 1982), en lugar del 13% que estableca la normatividad anterior (Decreto 1298 de 1980).

El proceso:

El proceso debió reconstruirse por los hechos acaecidos en noviembre de 1985, ejecutoriado el auto que decretó la reconstrucción, por medio del cual se autenticaron los documentos aportados por las partes y no fueron desmentidos o tachados de falsos por ellas.

Se adjuntó fotocopia del alegato que en oportunidad presentó la apoderada de la Superintendencia Bancaria, en la que también trae jurisprudencia del Consejo de Estado, donde se define la naturaleza jurídica de los decretos expedidos con base en el numeral 14 del artículo 120 y se opone a la petición de la reliquidación de la sanción aduciendo

que el desconocimiento del principio de favorabilidad, no puede atacar la legalidad de un acto administrativo.

El señor Fiscal 3º de la Corporación en su concepto pide que sean despachadas favorablemente las súplicas de la demanda.

Analizados los presupuestos de caducidad, representación y no encontrándose causal que invalide lo actuado, la Sala procede a las siguientes

Consideraciones:

1º Se juzga en este proceso, la legalidad de las Resoluciones acusadas que tuvieron como fundamento legal el artículo 7º del Decreto 1298 de 1980, que fue expedido por el Gobierno Nacional con base en las facultades otorgadas por el literal i) del artículo 63 del Acto legislativo número 1 de 1979.

El Acto legislativo número 1 de 1979 mediante su artículo 32 derogó el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional y por su artículo 63, en el literal i) dispuso:

"Artículo 63. Para artículos transitorios los siguientes:

"i) Durante dos años mientras el Congreso dicta las normas generales a que se refiere el numeral 22 del artículo 76 sobre intervención en el Banco Emisor y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado, el gobierno podrá ejercer, sin sujeción a ellas, la atribución conferida en el numeral 22 del artículo 120".

Mediante sentencia de la Corte en noviembre 3 de 1981, se declaró inexequible el Acto legislativo número 1 de 1979. Se pregunta si por la declaratoria de inexequibilidad, el Decreto 1298 de 1980 pierde vigencia y de consiguiente los actos que se fundamentaron en sus mandatos.

La misma tesis sostenida por el señor apoderado pero con relación al Decreto 2461 de 1980 sobre las corporaciones financieras, igualmente dictado en uso de las facultades transitorias otorgadas al Gobierno por el literal i) del artículo 63 del Acto legislativo 1 de 1979, no fue acogida por esta corporación en fallo del 9 de mayo de 1983 —Sección Primera— (Expediente número 3920, con ponencia del Consejero Roberto Suárez Franco, *Anales* números 477-478, pág. 207 - 1er. Semestre de 1983).

El efecto automático que se pretende dar al fallo del 3 de noviembre de 1981 por medio del cual la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el citado Acto legislativo de 1979, en realidad no es aceptable en razón de los obvios factores limitantes del mismo, como son la propia competencia de la Corte circunscrita por el artculo 214 de la Carta, al pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Acto legislativo y no de los Decretos dictados por el Gobierno en desarrollo de sus prescripciones y al ámbito indicado por la misma demanda que obviamente no podía comprender a estos últimos actos, cuya constitucionalidad compete dirimir al Consejo de Estado.

Sobre los efectos del fallo de inexequibilidad, en aquella oportunidad reiteró el Consejo la jurisprudencia tradicional y recogió la expuesta en sentencia del 27 de mayo de 1974 (Ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla). En resumen sobre la igual situación, el Consejo expuso:

"La Sala comparte las apreciaciones formuladas por el actor en cuanto a que el Presidente de la República gozaba de la competencia necesaria para dictar el acto impugnado, en la época en que lo hizo; comparte igualmente que el efecto de los fallos de inexequibilidad sólo producen efectos hacia el futuro; esta apreciación se acomoda en su integridad a la jurisprudencia reiterada de la Sala. Pero en lo que no está de acuerdo es con la conclusión, cual es la de que, desaparecidas las normas sobre competencia para dictar el acto acusado, éste se torna en nulo por cuanto las normas vigentes a la declaratoria de inexequibilidad no le confieren al Presidente de la República para dictar un acto de tal naturaleza. Para la Sala esta tesis es contraria a la jurisprudencia de la Corporación por cuanto, de aceptarse, implicaría retrotraer los efectos de la inexequibilidad a la fecha de la expedición del acto a fin de considerar que el Presidente de la República no era competente para expedirlo. Realmente, la modificación de la competencia de funcionarios que han cumplido ciertas actuaciones, no puede afectar la validez de estas; sólo se efectuarán situaciones que se cumplan dentro del nuevo marco de la competencia, determinado por las normas que readquirieron vida jurídica y las que no sufrieron modificación alguna con la expedición y desaparición del Acto legislativo número 1, declarado inexequible.

'Otra cosa es que, por razón de la materia, circunstancia distinta al factor competencia, el estatuto dictado con fundamento en el artículo 63 del Acto legislativo de 1979 choque eventualmente con normas constitucionales vigentes, no afectadas por el Acto legislativo o porque recobraron vigencia por tal declaratoria caso en el cual la norma de inferior jerarquía deberá desaparecer en beneficio de la superior".

Se concluye de los anteriores razonamientos que en la época de los hechos que motivaron la sanción que aquí se cuestiona, o sea, en los meses de diciembre de 1981 y enero de 1982, era aplicable el artículo 7º del Decreto 1298 de 1980, en especial en cuanto a los límites del encaje obligatorio para las secciones de ahorro de los bancos y corporaciones de ahorro y vivienda, entre otros, el del 13% sobre los depósitos en cuentas de ahorro de valor constante.

2º Además, es necesario precisar que una vez desaparecidas para el Gobierno las facultades transitorias del literal i) del artículo 63 del Acto legislativo de 1979, en virtud del fallo de inexequibilidad, recobraron vigencia las que en igual sentido, pero sin sujeción a la ley y en forma permanente le otorgaba el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, con fundamento en el cual expidió el Decreto 880 del 30 de marzo de 1982.

Este último Decreto, con efecto desde el 30 de marzo de 1982, redujo del 13 al 10% el encaje sobre los citados depósitos y derogó el artículo 7º del Decreto 1298 de 1980.

Con relación a este último aspecto y para despachar en forma desfavorable la petición subsidiaria sobre "aplicación de la ley penal más favorable" (que planteó inicialmente la empresa y reiteró el señor apoderado), para la Sala es absolutamente claro que una cosa es la base sobre la cual debe calcularse el encaje y otra la sanción que acarrea el hecho de transgredirlo. El encaje, como medida de protección a los depositantes y además quizás como principal instrumento que regula la actividad bancaria, en relación con la circulación monetaria jamás puede calificarse como de naturaleza o índole penal, como en el cual puede obrar en favor del sujeto pasivo el invocado principio de la favorabilidad de la ley posterior.

Los encajes no son penas. Simplemente son obligaciones de origen legal y como tales, "las que nacen de la ley se expresan en ella", dispone el artículo 34 de la Ley 57 de 1887. Por tanto, en el tiempo tiene el mismo límite que tiene la ley: Desde su promulgación hasta su derogación, porque la ley nueva no regula situaciones anteriores a ella.

3º Respecto del artículo 3º del Decreto 252 de 1980, que sirvió de base legal a las Resoluciones acusadas, mediante sentencia de noviembre 23 de 1986, esta Corporación lo declarró nulo con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

> "... Es el caso anular la norma demandada por las razones expuestas en esta providencia, que esencialmente radica en la consideración de que la Constitución reservó al legislador la materia relacionada con el manejo de la moneda. Se hará pronunciamiento de fondo puesto que todo lo relacionado con el encaje legal de las instituciones financieras es atribución de la Junta Monetaria, como lo decidió la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de diciembre de 1973 en sede constitucional en la que se declaró exequible los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 7ª de 1973, y el 24 inciso 1º, literales a) y d)".

En la misma sentencia del 22 de mayo de 1974 en la cual se apoyó la del 9 de mayo de 1983, se explicó que el fallo de declaratoria de nulidad a diferencia del de declaratoria de inexequibilidad, tiene efectos retroactivos, por lo tanto la norma viciada de nulidad ha de considerarse como si no hubiera existido, de ahí que todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia.

En el presente caso, se deben confrontar los actos acusados con la normatividad vigente antes de expedirse el Decreto 252 de 1980, por tratarse de una situación *sub júdice*, no consolidada ni protegida por la intangibilidad de la cosa juzgada.

Lo primero que se observa en la investigación de la normatividad vigente antes de la expedición del anulado Decreto 252 de 1980, es que mediante las facultades otorgadas por el Decreto-ley 2206 de 1963 y por la Ley 7ª de 1973 en su artículo 23, la Junta Monetaria en la Resolución 50 de agosto 14 de 1974 recopiló y reestructuró las disposiciones que regulan el encaje legal de los establecimientos bancarios.

En capítulo III, de la mencionada Resolución, referente a las "sanciones por defectos y situación de desencaje" en su artículo 8º, dice:

"Artículo 8º Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 45 de 1923 y 3º de la Ley 17 de 1925, por los defectos de encaje en que incurriere un establecimiento bancario. La Superintendencia Bancaria aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional del 2.5 por ciento mensual sobre tales defectos, liquidados con base en los saldos diarios".

Por otra parte, como lo observara la apoderada de la entidad oficial demandada, la sanción por desencaje era exactamente la misma antes de la expedición del Decreto 252 de 1980, como durante su vigencia, para demostrar lo cual la comparación del texto del artículo 3º anulado arroja el mismo resultado con el artículo 4º de la Resolución 65 de 1979 de la Junta Monetaria que expresa:

"Por los defectos de encaje legal en que incurriere una Corporación de Ahorro y Vivienda, el Superintendente Bancario, aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos equivalente al 2.5% sobre el total de los días hábiles del respectivo mes".

Resta anotar que esta sanción del 2.5% mensual sobre el total de defectos liquidados en los días hábiles, fue la que aplicó la Superintendencia en las Resoluciones impugnadas exactamente sobre los totales de defecto definitivo indicados en los anexos 5-A de los respectivos balances demostrativos de la posición mensual de encaje legal a los cuales la Superintendencia no les hizo ninguna modificación (fls. 33 a 38 y 41 a 46 del 2º cuaderno antecedentes).

En consecuencia de lo anterior, esta Sala encuentra ajustados a derecho los actos impugnados.

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:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(Se deja constancia que la presente providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de Sala de la fecha).

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

AERONAVES. SUSPENSION DEL PERMISO DE FUNCIONAMIENTO (Nulidad).—

Recomendaciones del CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL, para suspender el premiso de operación de aeronaves, respecto de las cuales haya indicios de que están vinculadas con el TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES (arts. 83 y 84 del Decreto 1188 de 1974, Resolución 001 del 7 de septiembre de 1983).

CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. Integración. Funciones, sus resoluciones son de obligatorio cumplimiento. Citación a reuniones.

ESTUPEFACIENTES: CONTROL, PREVENCION, REPRESION Y REHABILITACION. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL. Funciones al respecto.

DERECHO DE DEFENSA. Concepto. Doctrina. INDICIO COMO PRUEBA (arts. 200 a 202 del C. de P. P.). Requisitos: POLICIA ADMINISTRATIVA. Acciones. La circunstancia de hallarse frente a acciones de policía administrativa que de suyo reclaman inmediata ejecución no eximen a la administración de garantizar a las personas un procedimiento para su defensa. ESTADO DE DERECHO. Actuaciones surtidas por la administración.

Decrétase la nulidad de los actos siguientes: a) Del que da cuenta el Oficio 3302 de 1983, consistente en la acción adoptada por el Consejo Nacional de Estupefacientes en su sesión de 7 de diciembre de 1983; b) De la decisión contenida en el mensaje número 192046 de 19 de diciembre de 1983 suscrito por el Director General de Operaciones de Aeronáutica Civil del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y c) De la decisión tomada en sesión del 1º de marzo de dicho Consejo (Acta Nº 2) consistente en mantener la decisión literal a) precedente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 80. Demandante: Trabajos Especiales Surcolombianos "TAES LTDA.".

La sociedad comercial denominada Trabajos Aéreos Especiales Surcolombianos "TAES LTDA.", en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita por intermedio de apoderado la declaratoria de nulidad de los actos adminis-

trativos contenidos tanto en el Oficio número 3302 del 15 de diciembre de 1983, suscrito por el señor Ministro de Justicia en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes y dirigido al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como en el Mensaje General número 192046 del 19 de diciembre de ese mismo año, expedido por el Director General de Operaciones del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, e igualmente del Acta número 2 del 1º de marzo de 1984, del Consejo Nacional de Estupefacientes y por medio de la cual se mantuvo la decisión contenida en el oficio inicialmente citado.

Solicita además, que como consecuencia de lo anterior, se le restablezca el derecho de aeronavegabilidad de sus aparatos distinguidos con las matrículas HK 2096-E, HK 2118-E y HK 2154-E y se comunique a dichos Consejo y Departamento el levantamiento de las sanciones impuestas por los actos acusados.

La demanda:

Refiere el demandante:

a) El señor Ministro de Justicia, en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes y con fundamento en la decisión tomada por este organismo el 7 de diciembre de 1983, *solicitó* al Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por intermedio de Oficio número 3302 del 15 de diciembre de 1983, *la cancelación* del permiso de operación o certificado de aeronavegabilidad de la empresa "TAES LTDA." y de las aeronaves HK 2096-E, HK 2118-E y HK 2154-E de propiedad de la misma (Subraya la Sala);

b) Que, sin embargo, en el Acta del Consejo Nacional de Estupefacientes, correspondiente al 7 de diciembre de 1983, no figura la decisión anteriormente citada;

c) El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por intermedio del Mensaje General número 192046 del 19 de diciembre de 1983, suscrito por el Director General de Operaciones de dicho organismo, *suspendió* el vuelo de las aeronaves HK 2096-E, HK 2118-E y HK 2154-E, mas no canceló el permiso de operaciones a la empresa "TAES LTDA." (Subraya la Sala);

d) El 6 de enero de 1984, la parte actora solicitó al Consejo Nacional de Estupefacientes el levantamiento de las medidas que le fueron impuestas, pero éste, mediante Acta del 1º de marzo de 1984 mantuvo su decisión, la cual no fue notificada ni comunicada a la sociedad demandante.

Estima el actor que los actos acusados son violatorios de las siguientes normas legales:

a) De los artículos 83 y 84 del Decreto 1188 de 1974. El Consejo Nacional de Estupefacientes, a términos del artículo 1º del Decreto 1050 de 1968, no es un organismo competente para proferir actos administrativos; es decir, no puede inmovilizar las aeronaves sobre las cuales haya indicios de su vinculación a las actividades ilícitas de la droga, pues de tales indicios conoce la Rama Jurisdiccional del Poder Público (Subraya la Sala);

b) Los actos administrativos acusados "al imponer una sanción a la sociedad actora fundadas en la existencia de indicios sobre las aeronaves, indicios que conocen exclusivamente los servicios de Seguridad del Estado, sin la existencia de un procedimiento ni garantía de defensa para desvirtuarla ni para oponerse a la sanción, son manifiestamente violatorios del artículo 26 de la Constitución Nacional";

c) El Estatuto Nacional de Estupefacientes establece adicionalmente "como delitos las actividades del uso, consumo, comercio y demás conductas relacionadas con los estupefacientes, las paraliza y adscribe la competencia para el conocimiento a los jueces penales. En consecuencia, si existen indicios que puedan atribuirse a una persona sobre dichas conductas es a la Rama Jurisdiccional del Poder Público a la que corresponde el juzgamiento de tales conductas, la que obviamente está facultada para imponer las penas establecidas por la ley. De tal modo, que los actos impugnados también violan el artículo 55 de la Constitución Nacional al ejercerse por un organismo administrativo consultor y coordinador de la administración, facultades y funciones adscritas a los jueces de la República".

Actos acusados:

a) El acto administrativo contenido en el Oficio número 3302 del 15 de diciembre de 1983, firmado por el Ministro de Justicia en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, y dirigido al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, dice así:

"Apreciado doctor:

El Consejo Nacional de Estupefacientes en razón a los criterios adoptados para el desarrollo de las políticas que debe trazar para combatir el tráfico de estupefacientes, función que le está encomendada legalmente por el Decreto 1188 de 1974, Estatuto Nacional de Estupefacientes, ha considerado *solicitar a usted la cancelación* del permiso de operación o el certifcado de aeronavegabilidad de la empresa Trabajos Aéreos Especiales Surcolombianos Ltda. 'TAES' y de las aeronaves HK 2096-E, HK 2119-E y HK 2154-E de propiedad de la misma.

"La anterior decisión fue tomada por el Consejo Nacional de Estupefacientes en reunión del día 7 de diciembre de 1983" (Subraya la Sala).

b) El Mensaje General número 192046, firmado por el Director General de Operaciones de Aeronáutica Civil, dice así:

"Dic. 19-83PTO DE ACUERDO OFICIO NUMERO 3302 DEL MINISTERIO DE JUSTICIA SUSP ACT VLO PARTIR FECHA AERONAVES HKS 2096-E 2118-E y 2154-E PROP TAES LTDA PTO".

c) Acta número 2 del Consejo Nacional de Estupefacientes, del 1º de marzo de 1984, por medio de la cual, "se mantiene la decisión" para las aeronaves anteriormente mencionadas (fls. 40 y 143).

Además, entre otros, hacen parte de este expediente los siguientes documentos:

a) Resolución número 001 del 7 de diciembre de 1983, expedida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, en cuyo artículo primero resuelve: "Recomendar al Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil, suspender el permiso de operación de las aeronaves respecto de las cuales haya indicios de que están vinculadas con el tráfico de estupefacientes. Igualmente, el certificado de aeronavegabilidad según el caso" (fls. 139 y 140);

b) Acta número 14 del Consejo Nacional de Estupefacientes, correspondiente a la reunión del 7 de diciembre de 1983, en la cual no figura ninguna determinación en cuanto a las aeronaves materia de las presentes diligencias, pero se consigna, bajo el numeral 3 del orden del día, lo siguiente: "Informe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y del Consejo Aeronáutico sobre decisiones adoptadas de acuerdo a la solicitud del Consejo de suspensión del certificado de aeronavegabilidad (o suspensión de actividades de vuelo), en virtud de la Resolución número 001 del Consejo Nacional de Estupefacientes". Y a continuación se transcribe el texto del artículo primero de la Resolución número 001 del 7 de diciembre de 1983 (fl. 47), anteriormente citado. Más adelante y bajo el numeral 6 se lee lo siguiente: "Informe de los servicios de Seguridad del Estado sobre las siguientes aeronaves: ... 4. TAES";

c) Reclamación administrativa, ante el Consejo de Estupefacientes, formulada el 6 de enero de 1984 por la sociedad actora, para que se considere la solicitud de cancelación de vuelo de las referidas aeronaves;

d) Resolución número 4280 del 27 de mayo de 1983, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por medio de la cual se resuelve en su artículo 1º: "Conceder por el término de tres (3) años, permiso de operación a la sociedad Trabajos Aéreos Especiales Surcolombianos 'TAES LTDA.', con domicilio en Neiva". Y por el artículo 6º del *parágrafo*: "El permiso que aquí se concede, podrá ser modificado, suspendido o cancelado antes del término de su vigencia, si a juicio del Departamento, la sociedad deja de cumplir con los requisitos exigidos en los Reglamentos Aeronáuticos y disposiciones concordantes" (fls. 16 y 17).

Alegatos:

De la parte actora:

Expresa que las funciones del Consejo Nacional de Estupefacientes son de orientación y coordinación, y no la de "proferir órdenes disfrazadas de recomendaciones al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para la cancelación del permiso de operación o certificado de aeronavegabilidad de la empresa TAES LTDA. y de las eronaves ...". Y agrega:

> "Tan manifiesta era la inexistencia de facultades por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes para tomar tales decisiones que el Gobierno Nacional mediante el artículo 11 del Decreto legislativo 1060 de mayo 5 de 1984, en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional adicionó el artículo 83 del Decreto 1188 de 1974, así: 'f) Disponer de acuerdo con las informaciones que posea sobre actividades de personas y aeronaves y uso de aeró-

dromos o pistas, vinculadas al tráfico de estupefacientes, la suspensión de las licencias para el personal aeronáutico, certificados de aeronavegabilidad o permiso de operación. Para tal efecto impartirá el Departamento de Aeronáutica Civil las instrucciones a que haya lugar".

"En consecuencia, el Gobierno Nacional aposteriori (sic) confirma que los actos acusados no tenían base legal alguna..." (fl. 96).

De la parte impugnadora:

La apoderada del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil manifiesta que dicha entidad, en cumplimiento del Oficio 3302 del 15 de diciembre de 1983, suscrito por el señor Ministro de Justicia en calidad de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, "pudo haber *cancelado* el permiso de operación de la empresa sin embargo de acuerdo al mismo, optó por la *suspensión* del certificado de aeronavegabilidad de las aeronaves HK 2096-E, HK 2118-E y HK 2154-E que se traducía en suspensión del permiso de operación de la empresa y no cancelación, quedando en esta forma la posibilidad de que saneada la situación ante el Consejo Nacional de Estupefacientes, se pudieran levantar las medidas y continuar la empresa con su permiso por cuanto éste no fue cancelado por el Departamento" (Subraya la Sala, fl. 91).

En conclusión, pide que sean denegadas las súplicas de la demanda.

Concepto fiscal:

Encuentra el Agente del Ministerio Público que hubo un indebido agotamiento de la vía gubernativa, ya que por tratarse de una acción de restablecimiento del derecho es un presupuesto de la acción.

En efecto, afirma, si mediante el Mensaje General 192046 del 19 de diciembre de 1983 se acogió, por parte del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, lo solicitado por el Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, tal acto no fue pedido u ordenado directamente por el Jefe de dicha entidad, sino que procedió de un subalterno como lo es el Director General de Operaciones Aéreas, "contra cuyo proceder o actuación eran procedentes los recursos de reposición y apelación, de conformidad con lo preceptuado con el Decreto-ley 2733 de 1959, vigente aún en esa época". Y como quiera que los recursos no fueron interpuestos contra dicho acto, "ha de producirse una inhibición de la Sala de Decisión para entrar a conocer del fondo de la litis".

Y en cuanto a la cuestión de fondo sostiene lo siguiente:

"No obstante lo anterior, que liberaría a la Fiscalía de efectuar posteriores estudios, encuentra así mismo el Despacho, que con posterioridad a la expedición de los actos que se acusan y aún antes de la presentación de la demanda, cuya ocurrencia tuvo lugar el 28 de mayo de 1984 (fl. 54 vto.), ya el día 3 del mismo mes y año, la Ministra Encargada de la Cartera de Justicia, doctora Nazly Lozano Eljure, en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, basada en hechos e investigaciones posteriores, producía el Oficio número 1697 mediante el cual se solicita al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica

Civil 'la suspensión de actividades de vuelo de las siguientes aeronaves por haberse revocado el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes' (fl. 69), entre las cuales están incluidas las pertenecientes a la actora, que como es apenas obvio, hace inocua cualquier evacuación de las pretensiones, en el evento en que prosperen".

Consideraciones de la Sala:

Previa la reconstrucción del proceso, desaparecido como consecuencia de los hechos ocurridos en noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia, se hacen las siguientes consideraciones:

I.

Discuerda la Sala de la opinión del colaborador fiscal ante ella, por las siguientes razones:

a) La decisión tomada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en el Mensaje General número 192046 se fundó en *la orden* que le dio el Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, cual lo reconoce el Supervisor de Material aeronáutico de aquél en certificado número 019 (fl. 15) en que manifiesta lo siguiente: "Que las aeronaves HK 2118-E, HK 2114-E y HK 2096-E se encuentran suspendidas de actividades de vuelo por *orden* de Minjusticia mediante Oficio número 3302 de fecha 15 de diciembre de 1983 y mensaje general del DAAC 192046 del 14 de diciembre de 1983" (Se subraya). Luego vino a ser simplemente *un acto de ejecución* y para lo cual estaba facultado por la Resolución número 001 de 1983 de ese Consejo, según se verá más adelante.

La actividad administrativa de dicho Consejo empezó con su Oficio número 3302 de 15 de diciembre de 1983 en que le comunica al Jefe de dicho Departamento que "cancele" el permiso de operación de la empresa actora y de sus aeronaves y terminó con la determinación del mismo Consejo del 1º de marzo de 1984 (Acta número 2), de no revocar lo inicialmente resuelto y que desató el escrito de reconsideración interpuesto por aquella, entendido por la Sala como recurso de reposición.

Luego no se presenta el fenómeno procesal de falta de agotamiento de la vía gubernativa observado por la Fiscalía;

b) Respecto del aspecto de fondo, disconcuerda la Corporación de la apreciación de la Fiscalía, por las razones que *in extenso* se darán más adelante al analizar los cargos de la demanda, debiendo notar desde ahora que como el Oficio número 1697 no ha sido materia de enjuiciamiento en el presente proceso, la decisión que allí se adopta no quedará comprendida dentro de las consideraciones y decisiones de este fallo.

II.

Sobre la cuestión de fondo —que se examinará en el mismo orden de formulación de los cargos— hay lo siguiente:

A.

1. El Consejo Nacional de Estupefacientes, adscrito al Ministerio de Justicia, en uso de las facultades previstas en los artículos 83 y 84 del Decreto 1188 de 1974, y considerando que una de sus funciones es la de formular planes y programas de acción pública y privada contra el tráfico y uso de drogas o sustancias capaces de producir dependencia física o síquica, determinó mediante la Resolución número 001 del 7 de septiembre de 1983 "recomendar al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil *suspender* el permiso de operación de las aeronaves, respecto de las cuales haya indicios de que están vinculadas con el tráfico de estupefacientes" (Subraya la Sala).

Con base en lo anteriormente dispuesto el señor Ministro de Justicia, en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, suscribió el Oficio número 3302 del 15 de diciembre de 1983 (acto acusado), en el cual solicita al señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil "la cancelación" del permiso de operación o el certificado de aeronavegabilidad de la empresa Trabajos Aéreos Especiales Surcolombianos Ltda. "TAES" y de las aeronaves HK 2096-E, HK 2118-E y HK 2154-E de propiedad de la misma. De esta solicitud la parte actora presentó reclamación el 6 de enero de 1984. Y según el Acta número 2 del 1º de marzo de 1984 se mantuvo dicha decisión por el mencionado Consejo.

2. Observa la Sala que para la época en que se presentaron los hechos que ocupan su atención, estaban vigentes los artículos 82, 83, 84 y 86 del Decreto-ley número 1188 de 25 de junio de 1974 "por el cual se expide el Estatuto Nacional de Estupefacientes" y cuyo tenor literal es como sigue:

"Artículo 82. El Consejo estará integrado por:

a) El Ministro o el Viceministro de Justicia, quien lo presidirá;

b) El Ministro o el Viceministro de Salud Pública;

c) El Ministro o el Viceministro de Educación Nacional;

d) El Procurador General de la Nación o el Procurador Delegado para la Policía Judicial;

e) El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad;

f) El Director General de la Policía o el Jefe Nacional de la División de Información, Policía Judicial y Estadística Criminal (DIPEC);

g) El Director General de Aduanas, y

h) El Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

"Artículo 83. Son funciones del Consejo:

a) Formular, para su adopción por el Gobierno Nacional, la política y los planes y programas que las entidades públicas y privadas deban adelantar para la lucha contra la producción, comercio y uso de drogas o sustancias que producen dependencia física

o síquica. Igualmente el Consejo propondrá medidas para el control del uso lícito de tales drogas o sustancias;

b) Conforme al ordinal anterior, señalar a los distintos organismos oficiales las campañas y acciones específicas que cada uno de ellos deba adelantar;

c) Dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones y proponer al Gobierno la expedición de las que fueren de competencia de éste;

d) Orientar y coordinar la actividad de las entidades estatales y privadas que se ocupen de la prevención, investigación científica y de Policía Judicial, control y rehabilitación en materia de drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica;

e) Mantener contactos con Gobiernos extranjeros y entidades internacionales en asuntos de su competencia y adelantar gestiones ante los mismos con el fin de coordinar la acción del Gobierno colombiano con la de otros Estados y de obtener la asistencia que fuere del caso.

"Artículo 84. Las resoluciones que dicte el Consejo para el ejercicio de las funciones señaladas en el artículo anterior son de obligatorio cumplimiento.

"Artículo 86. El Consejo podrá citar a sus reuniones a los funcionarios que considere del caso oír y las autoridades deberán prestarle la colaboración que requiera para el cumplimiento de sus funciones".

3. Pues bien, según se establece fácilmente de la simple lectura del artículo 83 precitado, surge de manera diáfana que se confieren al Consejo las siguientes funciones:

I. De índole general, las funciones consistente en *formular políticas, planes y programas* a entidades estatales y privadas y *proponer* las normas indispensables al Gobierno, en conexión con la prevención y control de la producción, mercadeo y consumo de sustancias que produzcan adicción física o psíquica (literal a).

Las facultades del literal d) se contrae a *orientar* y *coordinar* las actividades de tales entidades. Y a este fin el Consejo *mantendrá comunicación* con Gobiernos extranjeros y entidades internacionales (literal e).

II. Funciones de carácter particular y concretas, contempladas en el literal b), que constituye a su vez un complemento específico de las atribuciones del literal a), ya que de conformidad con aquél el Consejo Nacional de Estupefacientes deberá "señalar, a los distintos órganos oficiales las campañas y *acciones específicas* que cada uno de ellos deberá *adelantar*" (Se subraya).

"Acción" denota "efecto de hacer" y es sinónimo de "acto, actividad, hecho". Y "adelantar" es "mover o llevar hacia adelante".

Una acción entonces no puede quedarse en el simple plano de las formulaciones teóricas, sino que por el contrario es la traducción de éstas a los casos concretos para hacerlas realidad y conseguir en la práctica la realización del objetivo propuesto.

Estas acciones específicas son cabalmente las medidas concretas que a los entes oficiales se les deberá señalar ("señalar", según el Diccionario de la Academia de la Lengua significa "determinar"), con el fin de conseguir el objetivo atrás singularizado que se le confía al Consejo en relación con las drogas de abuso.

4. Corrobora lo antes expresado la afirmación expresa del artículo 84 *ibídem* en el sentido de que las resoluciones que expida el Consejo en ejercicio de las funciones del artículo 83 "son de obligatorio cumplimiento". Y del 86 *ibídem* cuando previene que las "autoridades deberán prestarle la colaboración que requiera para el cumplimiento de sus funciones".

Mas todo lo expresado hasta ahora en el presente acápite II, halla asidero en la Ley 17 de 21 de noviembre de 1973 "por la cual se dictan normas que reprimen conductas relacionadas con drogas o sustancias que producen dependencia física o psíquica y *se reviste* al Presidente de la República de facultades extraordinarias" para lo siguiente:

"1º Elaborar un estatuto que regule íntegramente el fenómeno de las drogas o sustancias que producen dependencia física o psíquica (estupefacientes y psicotrópicos), en sus aspectos de *control, prevención, represión y rehabilitación*".

"2º Crear el organismo administrativo que *cumpla* las funciones que le atribuya el estatuto" (Se subraya).

Luego como quedó reflejado en el Decreto 1188 de 1974 dictado por el Ejecutivo Nacional en desarrollo de las facultades de dicha Ley 17, éstas en cuanto al organismo que se creó (el Consejo Nacional de Estupefacientes) comprenden las actividades concretas de *controlar, precaver, reprender* y *rehabilitar*, todo lo cual no se concebiría si no pudiera el Consejo desplegar las acciones, gestiones, operaciones, actuaciones, diligencias pertinentes en cada frente a los distintos organismos oficiales cuya colaboración, en razón de sus funciones, fuere indispensable para llevar a cabo los propósitos de la ley que fueron plasmados en el Decreto 1188, en la forma atrás examinada.

5. Ha sido entonces que con fundamento en las facultades previstas en los artículos 83, 84 y 86 del Decreto 1188 de 1974 el Consejo tomó las acciones precisas que se indican en la Resolución número 001 de 7 de septiembre de 1983, que a su vez fue el sustento jurídico de los actos del Consejo ahora enjuiciados, y cuya parte decisoria es del siguiente tenor:

"El Consejo Nacional de Estupefacientes:

"....."

"Resuelve:

"Artículo primero. Recomendar al Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil, suspender el permiso de operación de

las aeronaves, respecto de las cuales haya indicios de que están vinculadas con el tráfico de estupefacientes.

"Artículo segundo. Ordenar a la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, al Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil, a la Policía Nacional y a los cuerpos secretos del Estado, iniciar el control de las pistas clandestinas y las correspondientes investigaciones penales a que haya lugar y dentro de la competencia propia de cada organismo.

"Artículo tercero. Dejar sin valor el certificado de informes emitido por el Consejo Nacional de Estupefacientes, para los propietarios de las aeronaves vinculadas en el tráfico de estupefacientes que resulten afectados por lo dispuesto en esta resolución y en los respectivos actos de la Aeronáutica Civil.

"Artículo cuarto. Esta resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

Dicha resolución a su vez tuvo como considerando el siguiente:

"Que es función del Consejo Nacional de Estupefacientes, formular los planes y programas de acción pública y privada contra el tráfico y uso de drogas o sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica.

"Que las resoluciones que dicte el Consejo en ejercicio de esta función son de obligatorio cumplimiento.

"Que se hace necesario ejercer un *control* estricto y operante en relación con las aeronaves, respecto de las cuales se tengan indicios de que se encuentran vinculadas con el tráfico interior y exterior de estupefacientes (Se subraya).

"Que se hace así mismo necesario ejercer un *control* sobre las pistas para operaciones aéreas que clandestinamente han sido puestas al servicio del narcotráfico, iniciando además las respectivas investigaciones penales contra sus propietarios y promotores (Se subraya).

"Que también es preciso dejar sin valor ni efectos, los certificados de carencia de informes por tráfico de estupefacientes expedidos a favor de personas propietarias de las aeronaves que resulten afectadas por lo dispuesto en esta resolución y en los respectivos actos de la Aeronáutica Civil".

6. Por otra parte, la determinación adoptada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en cumplimiento de la orden partida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, materia de impugnación, encaja dentro del criterio de armonización de acciones entre las entidades oficiales que a dicho Consejo le otorga el artículo 83 del Decreto 1188 de 1974, en su lucha contra la producción, el comercio y el consumo de fármacodependientes. Obsérvese que dicho Departamento tiene, entre otras, las funciones de "dirigir, regular, coordinar y *controlar* las actividades de Aeronáutica Civil, privada o estatal, nacional o internacional que se desarrollen en espacio sometidos a la soberanía nacional"; "dirigir, organizar y operar las comunicaciones aeronáuticas con exclusividad"; "administrar, operar y vigilar los

aeródromos y demás instalaciones y servicios constitutivos de la infraestructura aeronáutica nacional"; "imponer sanciones a quienes infrinjan los reglamentos por él expedido, sanciones que podrán consistir en multas, suspensión o cancelación de permisos, licencias o autorizaciones, conforme lo determine el Gobierno Nacional" (art. 1º del Decreto 2332 de 1977, numerales 1, 2, 4 y 6). Y además se exige a toda persona natural o jurídica que adelante diligencias ante las autoridades aeronáuticas, relacionadas con aeronaves, aeródromos o pistas, según la descripción que en el artículo 2º del Decreto reglamentario 2303 de 1981 se hace de las correspondientes actividades, presentar adjuntos a la solicitud "los informes del Consejo Nacional de Estupefacientes...".

Todo esto concuerda con el desarrollo que del Decreto 1188 hace la Resolución número 001 del Consejo en relación con la parte de actuación que debe cumplir el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

B

Acerca de la violación del artículo 26 de la Carta Política, observa la Sala lo siguiente:

1. Según el Profesor Hernando Morales, el derecho de defensa pregonado por dicha norma descansa sobre los siguientes pilares:

"a) Que todo juzgamiento debe hacerse por juez competente; b) Que en aquél debe cumplirse la plenitud de las formas propias de cada juicio, y c) Que a nadie puede juzgarse sino con aplicación de normas sustanciales pretexistentes al acto que se imputa" (Estudios de Derecho, Ediciones Rosaristas, págs. 665-666).

2. En el evento *sub lite* se encuentra, de un lado que el Consejo Nacional de Estupefacientes y el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil serían competentes para tomar las decisiones objeto de impugnación (presupuesto A) y del otro, que para ellos estarían respaldados en la normatividad jurídica sustantiva atrás señalada (presupuesto C).

Mas en cuanto hace al requisito del literal b), observa la Sala que dicho Consejo no lo cumplió debidamente, porque, empezando, ha debido adoptar su decisión —según lo pregona la Resolución número 01, y se explicará a continuación— partiendo de *indicios* por lo menos sobre la posible vinculación de la empresa TAES LTDA., al narcotráfico, lo cual no está suficientemente acreditado; y, en segundo lugar, ha debido poner en conocimiento de ella las medidas en su contra para que, si fuere el caso, las pudiera controvertir. Es decir que se advierte la carencia de procedimiento al respecto. Brillan por su ausencia en el expediente los hechos indiciarios que asistieron al Consejo y que sirvieron de fundamento para justificar *su actuación*, sin que de su lado se hubiera ligado el proceso gubernativo a la sociedad actora, es decir que no se le notificó aquella por conducto de su representante legal, ni su iniciación ni su terminación.

Esta irregularidad procesal en la fase administrativa conduce al desconocimiento del derecho de defensa y a la anulación de los actos acusados.

En efecto:

a) La Resolución 01 de 1983 del Consejo Nacional de Estupefacientes, como antes se explicó, desarrolla y reglamenta las acciones concretas que puede tomar ese organismo en coordinación con otras entidades oficiales, dentro de todo el contexto de su lucha contra el narcotráfico. Uno de sus considerandos se apoya en la aserción de que "se hace necesario ejercer control estritco y operante en relación con las aeronaves, respecto de las cuales se *tengan indicios* que se encuentran vinculadas con el tráfico interior y exterior de estupefacientes". Y de ahí surge la previsión contemplada en el artículo 1º consistente en "recomendar al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, suspender el permiso de operación de las aeronaves respecto de las cuales haya *indicios* de que están vinculadas al tráfico de estupefacientes". En este mismo orden de ideas, el artículo tercero deja sin valor el certificado de informes emitido por el mencionado Consejo para los propietarios de las aeronaves *vinculadas* al referido tráfico que resulten afectadas "por lo dispuesto en esta Resolución y en los respectivos actos de la Aeronáutica Civil";

b) Es decir que la injerencia del susodicho Consejo en la forma contemplada en tal Resolución no puede ejercerse como a bien lo tenga él, sino que se requiere que por lo menos y como punto de partida concurran *indicios* que razonablemente lo conduzcan a establecer conexiones de las empresas investigadas y de sus aeronaves con el narcotráfico.

El indicio, como medio de prueba consiste en un hecho del cual se infiere otro desconocido (arts. 200 a 202 del C. de P. P.).

Sus requisitos son: 1. La existencia de un hecho conocido que se denomina indicador y que debe estar debidamente probado. 2. Un hecho desconocido que se trata de establecer y 3. Un juicio lógico-jurídico o inferencia lógica, que consiste en deducir del hecho conocido el hecho desconocido, con certeza o probabilidad. Es necesario el indicio cuando el efecto deducido tiene una causa única, luego la relación causal se torna inequívoca. Si en cambio la causalidad es contingente, el indicio es contingente.

El indicio necesario comunica certeza y el contingente, probabilidad;

c) El caso *sub júdice* comporta lo siguiente:

I. Los actos del Consejo acusados consisten en un mero oficio dirigido al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para que este cancelara el permiso de operación de la empresa demandante y de tres de sus aeronaves, con fundamento en una *decisión* tomada en reunión del día 7 de diciembre de 1983 (fls. 13 y 142). Se acude a esta sesión y se encuentra que allí simplemente se cita la Resolución número 01 al parecer para sustentar tal decisión, con esta otra afirmación: "Informe de los servicios de seguridad del Estado sobre las siguientes aeronaves: ... 4. TAES". Por su parte, el Acta número 2 del 1º de marzo que recoge la confirmación del Consejo de su determinación inicial proporciona la escueta información de que "se mantiene la decisión del Consejo Nacional de Estupefacientes para las HK 2118,

HK 2096 y HK 2154" (fls. 40 y 143). De su lado el mismo Departamento de Aeronáutica no hizo, según se explicó atrás, sino cumplir la orden del Consejo, sin que aparezca que hubiera efectuado un examen propio del caso para actuar como lo hizo.

II. La presente demanda y la reconstrucción del proceso se notificaron al señor Ministro de Justicia quien guardó silencio al respecto y a todo lo largo del proceso.

III. Figura en el proceso: un *informe* de 4 de abril de 1984 (contestación a un Oficio número 1302) dirigido por el Jefe de Grupo Central de Inteligencia al Consejo Nacional de Estupefacientes y un memorando sin fecha (fl. 151), en relación con las actividades de la empresa TAES LTDA. (fls. 63 y 141) a la que al parecer se sindica como vinculada al narcotráfico; y, un escrito del representante legal de ésta en que asevera en primer lugar que "no ha recibido comunicación oficial sobre el particular e ignora las causas que determinaron el comportamiento oficial" y que por "informes extraoficiales" ha tenido conocimiento de la determinación del Consejo materia de litis, para a continuación pasar a referirse a los distintos hechos del aludido informe, presentar sus descargos y pedir la reconsideración de las medidas (fls. 21 a 27 y 144 a 150).

IV. Se deduce entonces de todo lo anterior que, de acuerdo con el acervo probatorio que exhibe el presente proceso, no es posible dar por establecido que el Consejo contara con los indicios que exige la Resolución 01 para tomar las *decisiones* ahora impugnadas, y que son condiciones o requisitos *sine qua non para dar comienzo al procedimiento* correspondiente que debía concluir con aquellas. Del "Informe" y memorando en cuestión, no solamente de su texto sino también del laconismo de las actas que recogen las sesiones del Consejo, se podría únicamente aceptar la existencia de *la afirmación* que en el mismo se hace sobre unos hechos ilícitos en que podría haber incurrido la actora, porque carece el juzgador de los medios de convicción para hacer evaluación diferente. Es decir, que se está frente a una aseveración sencillamente sin que de ninguna manera aparezca respaldada por hechos indiciarios, como lo requiere la Resolución número 01.

Emerge entonces de estas consideraciones que no aparece acreditado que se hubiera observado un procedimiento mínimo, que por lo menos, como se ha dicho, debió iniciarse con *una prueba indiciaria;* ni tampoco que posteriormente se le hubiera dado a la demandante la oportunidad de controvertir los cargos que se le hacían, porque según se ha explicado reiteradamente no fue notificada en ningún momento. Ella simplemente hizo lo que pudo dentro de las precarias circunstancias, esto es, pedirle reconsideración al Consejo. La circunstancia de hallarse frente a acciones de policía administrativa que de suyo reclaman inmediata ejecución no eximen a la administración de garantizar a las personas un procedimiento para su defensa.

V. En un estado de derecho no pueden concebirse trámites secretos o cuasisecretos, como se descubre en relación con las actuaciones surtidas por la Administración en el presente caso, según la precedente y extensa explicación. Estando los actos de *aquella* sometidos al control jurisdiccional de esta justicia, es preciso que desde un comienzo se informe al ciudadano sobre las acciones que en la esfera de

sus libertades y patrimonio se han de tomar y con su presencia, adelantar y culminar la actuación que corresponda. No proceder de esta forma sería aceptar la entronización de la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas, que entrarían con semejante reprobable actuar a ser la antítesis de la función de proteger la honra, bienes y vida de los ciudadanos que les confía la Constitución Nacional (art. 16).

Finalmente se abstiene la Sala de considerar el tercer cargo, por haber prosperado el cargo precedentemente estudiado.

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

Falla:

Primero. Decrétase la nulidad de los actos administrativos siguientes: a) Del que da cuenta el Oficio número 3302 de 15 de diciembre de 1983, consistente en la decisión adoptada por el Consejo Nacional de Estupefacientes en su sesión de 7 de diciembre de 1983 y precisado en la parte motiva de esta providencia; b) De la decisión contenida en el Mensaje número 192046 de 19 de diciembre de 1983 suscrito por el Director General de Operaciones de Aeronáutica Civil del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y c) De la decisión tomada en sesión del 1º de marzo de 1984 de dicho Consejo (Acta número 2) consistente en mantener la decisión del literal a) precedente.

Segundo. De acuerdo con lo solicitado por la sociedad demandante, se ordena restablecer el derecho de aeronavegabilidad de sus aparatos distinguidos con las matrículas HK 2096-E, HK 2118-E y HK 2154-E, para lo cual se ordena al Consejo Nacional de Estupefacientes y al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil levantar las sanciones correspondientes contempladas en los actos anulados.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida en varias sesiones y aprobada en la del día ocho (8) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, José Joaquín Camacho Pardo, Con explicación de voto; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

AERONAVES. SUSPENSION DEL PERMISO DE FUNCIONAMIENTO (Aclaración de voto).—

La dificultad consiste en saber cuál es en el caso de la suspensión de las actividades de vuelo, la ley normativa de la actuación administrativa, para precisar, si ha habido desatención de su prescripción y si dicha desatención, por su gravedad está conminada en la ley con sanción de nulidad por perseguirse un pronunciamiento distinto al que legalmente corresponde (art. 152-4 del C. de P. C.), o si tratándose de informalidades menores, éstas podían ser remediadas por medio de los recursos propios de la instancia administrativa.

DERECHO DE DEFENSA NULIDAD CONSTITUCIONAL O SUPRALEGAL. NULIDADES EN EL PROCESO CIVIL Y EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO

DOCTOR JOSE JOAQUIN CAMACHO PARDO

Expediente número 80. Actor: "TAES LTDA.". Ponente: Doctor Simón Rodríguez.

En este proceso, adelantado mediante la pretensión de plena jurisdicción, estuve de acuerdo con lo decidido en la parte resolutiva de la providencia que antecede, en cuanto que llegué a la conclusión final de que los actos acusados debían anularse por uno de los motivos de impugnación que constituyen la razón de la demanda, esto es, por haber actuado, en este caso, el Consejo Nacional de Estupefacientes, fuera de los límites de su competencia, toda vez que el órgano estatal que la tenía, era el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

En efecto, el Consejo Nacional de Estupefacientes produjo el primer acto acusado el día 15 de diciembre de 1983, el cual fue interpretado y cumplido por las autoridades aeronáuticas, el día 19 del mismo mes y año, como si se tratara de una decisión ejecutoria, emanada de una voluntad estatal válida, cuando es lo cierto que esa competencia expresa, no fue trasladada a aquella entidad, a mi juicio, sino a partir de la vigencia del Decreto-ley 1060 de 1984, reformatorio del Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Lo anterior, por cuanto para la fecha en que se decretaron los actos acusados, el órgano gubernamental que podía tomar la decisión cuya nulidad demanda el actor, era el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en el entendimiento de que el control de la navegación aeronáutica, así como los servicios directamente relacionados con

ella, había sido encomendados, con exclusividad y con amplísimos poderes al Departamento Administrativo de Aeronática Civil.

Sin embargo, manifesté mi discrepancia parcial con la motivación de la sentencia, concretamente, en cuanto se refiere a la declaración de la nulidad supralegal o de carácter constitucional.

Mi criterio sobre la inaplicabilidad del artículo 26 de la Constitución Nacional, en la decisión del asunto de la referencia, es la siguiente:

El artículo 26 de la Constitución Nacional se considera como una de las fuentes principales del Derecho Procesal Penal, en cuanto que establece que "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".

Consigna pues esta norma, cuatro garantías individuales del proceso penal, que puedan enunciarse, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia, así: "La preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento"; la "legalidad de la jurisdicción"; "la observancia plena de las formas del juicio" y "la aplicación de la ley favorable aunque sea posterior al acto imputado".

Estos principios rectores aparecen codificados en el Código de Procedimiento Penal en cuanto allí se indica cuáles son las normas que deben cumplirse para la investigación y el juzgamiento de los delitos; cuáles son los jueces y tribunales competentes; cuáles son las formas propias del proceso penal y cómo se ejecutan las sanciones o penas en el entendimiento de que no hay sanción sin ley.

Ahora bien, las nulidades supralegales o constitucionales, que tienen su fundamento en el artículo 26 de la Carta, las admite la Corte con natural reserva y sólo para casos excepcionales; no para casos de omisiones de trámite que se sancionan en las leyes procesales, sino "cuando la irregularidad u omisión en que se ha incurrido, es tan grave que quebranta las bases mismas de la organización judicial o desconoce completamente las garantías que la Carta consagra para los ciudadanos que comparecen ante la justicia" (Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de mayo de 1980, Magistrado ponente doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Y, en febrero 27 del mismo año, con ponencia del doctor Luis Carlos Pérez, la Corte sostiene que "no se pueden plantear en bloque las cuatro garantías (se refiere al art. 26 de la Constitución) puesto que esto constituye un error que induce a confusión...". La demanda, "debe indicar cuál de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y expresar el concepto de la violación...". Lo anterior, por cuanto, como adelante precisa la Corte, "una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación y sin demostrarla..." (Gaceta Judicial, Tomo CXXXIII, número 2322 a 2324, pág. 200).

Por último debe anotarse que la Corte ha sostenido que la nulidad supralegal no está erigida sólo en beneficio del procesado, al indicar a ésta cuáles son "exactamente las limitaciones del poder público" para que sepan cómo debe "defenderse de los excesos o de las omisiones de la Rama Jurisdiccional", sino que también, estas nulidades es-

tán erigidas en beneficio de la colectividad, en el entendimiento de que ese tipo de irregularidad, por su extraordinaria gravedad, constituye verdaderos atentados contra la organización social.

Pero, el régimen de nulidades para los procesos contencioso administrativos, es el mismo que rige para los procesos civiles y comerciales, lo cual parece hoy fuera de toda discusión, frente a la regulación establecida en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo. Por lo demás, según el artículo 267 del mismo Código, para llenar sus vacíos, se acude en los aspectos no regulados, al Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en el proceso civil no se puede alegar la nulidad constitucional que manejan con conocidas restricciones los penalistas, sencillamente porque el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, que también regula el proceso contencioso administrativo, dispuso que *solamente* el proceso es nulo, en los casos en que se singularizan en la misma norma, entre los cuales está, según la causal 8ª, el hecho de "seguirse un procedimiento distinto al que legalmente le corresponde" que es precisamente una de las garantías individuales, la judicial, que ofrece el artículo 26 de la Carta, teniendo en cuenta que su fundamento jurídico está en "la garantía constitucional del debido proceso".

En síntesis, en el proceso civil que se regula por las mismas normas del proceso contencioso administrativo, en materia de nulidades "sólo los casos previstos taxativamente como causales de nulidad (arts. 152 y 153) se pueden considerar como vicios invalidadores de la actuación, cuando el juez los declara expresamente, y, por lo tanto, cualquier otra circunstancia no cobijada como tal podrá ser una irregularidad (cuyo efecto se puede impedir *mediante la utilización de los recurso*), pero jamás servirá, para fundamentar una declaración de invalidez de la actuación..." (Instituciones de Derecho Procesal Civil, 4ª Edición, Hernán Fabio López, págs. 449 a 450).

Por último, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 de agosto de 1974, Magistrado ponente doctor Humberto Murcia Ballén, dijo entre otras cosas:

"...El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1981, como también lo hacía el Estatuto Procedimental anterior, adoptó como principio básico en materia de nulidades procesales el de la *especificidad*, según el cual no hay defecto capaz de estructurarla sin ley que expresamente la establezca. Y como sobre el punto se trata de reglas estrictas no susceptibles del criterio de analogía para juzgarlas, los motivos de nulidad, ahora sean los generales para todo proceso o a los especiales para algunos de ellos, son pues limitativos y por consiguiente no es posible extenderlos a informalidades diferentes.

"Ciertamente, aquel estatuto, mediante el numeral 4º de su artículo 152 consagró como causal nueva de nulidad para todos los procesos, el hecho de seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponda, cuyo fundamento jurídico está en la garantía constitucional del debido proceso..." (Gaceta Judicial, Tomo CXLVIII, primera parte, pág. 215).

Como bien se advierte, la garantía judicial del debido proceso, o de la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, quedó salvaguardiada en el artículo 152-4 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos contencioso administrativos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo.

La dificultad consiste en saber cuál es en el caso de la suspensión de las actividades de vuelo, la ley normativa de la actuación administrativa, para precisar, si ha habido desatenciones de su prescripción y si dicha desatención, por su gravedad, está conminada en la ley con sanción de nulidad por seguir un procedimiento distinto al que legalmente corresponde (art. 152-4 del Código de Procedimiento Civil), o si tratándose de informalidades menores, éstas podían ser remediadas por medio de los recursos propios de la estancia administrativa.

En los anteriores términos dejo precisadas las razones de mi aclaración de voto.

Bogotá, D. E., once de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

José Joaquín Comacho Pardo.

TERMINO DE CADUCIDAD.—

INSUBSISTENCIA. DEMANDA: TERMINO DE CADUCIDAD.

1º La insubsistencia no es susceptible de recursos. ACTO CONDICION (Reiteración jurisprudencial). No requiere de agotamiento de vía gubernativa.

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.

EMPLEADOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA: ACTO DE SEPARACION DEL SERVICIO: ¿TIENEN RECURSOS? Razones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintinueve de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyecto: Doctor *José Alberto Roldán S.*, Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 47. Apelación. Sentencia. Reconstrucción. Actor: Julio Alejandro Suárez Vega.

Habiéndose tramitado la reconstrucción del expediente conforme a las previsiones del Decreto 3825 de 1985, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia del 8 de septiembre de 1982 (fls. 1-27), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por el doctor Julio Alejandro Suárez Vega en solicitud de restablecimiento del derecho, previa declaración de nulidad del Decreto número 156 del 7 de septiembre de 1979 (fls. 17-18), en que se declaró insubsistente su nombramiento y de la Resolución número 671 del 8 de octubre siguiente (fls. 19-20), que negó la reposición, expedidos ambos por la Procuraduría General de la Nación.

En el fallo apelado se niegan las pretensiones de la demanda, tras declarar inconstitucional el parágrafo del artículo 8º y el inciso 2º del artículo 112 del Decreto 1660 de 1978.

Comienza el *a quo* por destacar que "los actos acusados fueron ampliamente motivados en el hecho de encontrarse inhabilitado el demandante para ejercer cualquier cargo en el Ministerio Público de acuerdo con los siguientes antecedentes: Apercibimiento, en su calidad de juez municipal de Saboyá, Boyacá; multa equivalente a 10 días de sueldo, en su calidad de juez civil municipal de Puerto Boyacá y multa equivalente a 5 días de sueldo, en su calidad de juez civil municipal de

Bogotá, los cuales le fueron comunicados al señor Procurador en Oficio 1620 de 31 de julio de 1979, procedente de la División de Registro y Control de la Viceprocuraduría General, con ocasión de la inclusión del nombre del doctor Alejandro Suárez Vega en terna para la Fiscalía 3ª del Circuito de Pasto. Según los actos demandados, cuando fue nombrado para el cargo de Abogado Asesor la misma División había certificado que no registraba antecedentes disciplinarios" (fl. 4).

Este último fue el cargo del cual fue separado el actor, mediante insubsistencia, por obra de los actos que se enjuician en este proceso.

Explica más adelante el *a quo:*

"De los autos resulta evidente que el actor incurrió en tres sanciones disciplinarias, que al tenor del numeral 6º del artículo 16 del Decreto 250 de 1970, lo inhabilitaron para desempeñar cualquier cargo no solamente en el Ministerio Público sino en la Rama Jurisdiccional.

Efectivamente, a folio 58 del expediente obra la certificación expedida por la División de Reintegro y Control de la Viceprocuraduría General en donde se da cuenta de tal situación.

Es a todas luces equivocado el planteamiento expresado en la demanda sobre la prescripción de la inhabilidad que afecta al actor. Se arguye que dos de las sanciones ya estaban prescritas cuando fue declarado insubsistente, por haber trascurrido más de cinco años desde que le fueron impuestos y que la única vigente no lo inhabilita para desempeñar cargos públicos al tenor de los dispuesto por el numeral 6º del artículo 8º del Decreto 1660 de 1978.

En realidad el actor quedó inhabilitado cuando se le impuso la tercera sanción, pues de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 250 de 1970, 'no podrán ser designados para cargo alguno en la Rama Jurisdiccional ni en el Ministerio Público, a cualquier título...

Quienes como funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público y por falta disciplinaria hayan sido destituidos, o suspendidos por segunda vez por falta grave o *sancionados tres veces cualquiera (sic) que sean las sanciones'* (Se subraya).

Es claro entonces que ni la primera ni la segunda de las sanciones impuestas al doctor Suárez Vega lo inhabilitaron, y que su interdicción comenzó al quedar ejecutoriada la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 30 de agosto de 1976 que lo sancionó con 5 días de sueldo como multa en su calidad de Juez 16 Civil Municipal de Bogotá.

En este orden de ideas cuando se produjo el Decreto de insubsitencia el 7 de septiembre de 1979 sólo habían transcurrido tres años y unos días desde la inhabilidad del demandante por lo cual no podía invocar la prescripción prevista por los artículos 8º y 212 del Decreto 1660 de 1978, que es de 5 años.

La entidad administrativa demandada evidentemente consideró que el planteamiento de la prescripción de la inhabilidad era correcto y procedió a aplicar la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 8º y del inciso 2º del artículo 212 del Decreto 1660 de 1978, y con base en su inaplicabilidad negó la reposición del Decreto que declaró insubsistente el nombramiento del actor.

Para la Sala no era necesario que la Procuraduría General de la Nación procediera a aplicar la excepción de inconstitucionalidad de las normas citadas pues de todos modos el doctor Suárez Vega no podía acogerse a ellas.

...

Debe tenerse en cuenta que el Decreto 1660 de 1978 es reglamentario del 250 de 1970 por el cual se expidió el estatuto de la carrera judicial y del Ministerio Público, Decreto extraordinario expedido en ejercicio de precisas facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por el artículo 20 de la Ley 16 de 1968 y que tiene, por lo tanto, la fuerza y la virtualidad de una ley dictada por el Congreso y rige hasta que éste, mediante otra ley lo modifique, suspenda o derogue. En su artículo 16 establece las causales de inhabilidad para ser designado en cualquier cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público y nada dice acerca de la prescripción de tales inhabilidades en los casos que allí mismo se prevé que tienen el carácter de sanción. Al reglamentarlo, el Decreto 1660 de 1978 en las normas antes transcritas introduce al efecto un término de cinco años de prescripción.

La facultad reglamentaria que le confiere al Presidente de la República el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar. Así pues, el reglamento debe desenvolver en forma lógica y detallada lo que está en la ley, pero no puede ir más allá. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece las medidas para el cumplimiento del mandato legislativo sin apartarse de su esencia ni de su espíritu. Así lo ha precisado el honorable Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia en esta materia.

Como la prescripción aludida no está contemplada en el Decreto reglamentado y el alcance del precepto introducido va más allá de 'la cumplida ejecución' del Decreto 250 de 1970, no cabe duda de que se rebasó la facultad reglamentaria y se violó el numeral 3º del artículo 120 de la Carta. Procede entonces la inaplicación del parágrafo del artículo 8º y del inciso 2º del artículo 212 del Decreto 1660 de 1978, conforme a lo establecido por el artículo 215 de la Constitución Nacional" (fls. 5 a 9).
Recapitulando, concluye el Tribunal:

"Volviendo al caso que nos ocupa tenemos que el actor doctor Alejandro Suárez Vega, se encontraba inhabilitado para el ejercicio de cualquier cargo en el Ministerio Público, cuando su nombramiento fue declarado insubsistente, y en el proceso no

existe constancia de que hubiera pedido y obtenido de las autoridades judiciales competentes su rehabilitación, que a la luz de las normas vigentes, es la única manera de ponerle fin a tal situación.

Además el actor tenía la calidad de empleado según el artículo 3º del Decreto 250 de 1970 y todos los empleados del Ministerio Público son de libre nombramiento y remoción hasta tanto se organicen los concursos de ingreso y ascensos conforme al artículo 130 *ibídem.*

En cuanto a la motivación de los actos evidentemente no es falsa, pues está demostrado en el proceso la inhabilidad del actor" (fls. 13-14).

El Ministerio Público, según se lee en la referencia que a la vista fiscal hace el apoderado del actor en el documento de folio 51, solicitó fallo inhibitorio por "carencia o ilegitimidad de personería de la Procuraduría General de la Nación".

El apelante, por su parte, argumenta:

"La ilegalidad del fallo del Tribunal resalta con mayor intensidad al confrontar el siguiente aparte del fallo con el criterio jurisprudencial respectivo y correspondiente a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de julio 23 de 1980. Leamos el fallo del Tribunal (Pág. 13):

'Volviendo al caso que nos ocupa tenemos que el actor doctor Julio Alejandro Suárez Vega, se encontraba inhabilitado para el ejercicio de cualquier cargo en el Ministerio Público, cuando su nombramiento fue declarado insubsistente, y en el proceso no existe constancia de que hubiera pedido y obtenido de las autoridades judiciales competentes su rehabilitación, que a la luz de las normas vigentes, es la única manera de ponerle fin a tal situación'.

Escuchemos con atención lo que dijo la Corte Suprema en julio 23 de 1980:

'El sentido del mandato legal resulta, entonces, obvio, las inhabilidades a que se refieren los numerales 5º, 6º y 7º del artículo 8º del Decreto 1660 de 1978 tienen una prolongación precisa en el tiempo y su suspensión se produce *«ipso jure»*. La rehabilitación se puede ser solicitada antes, no precede su declaratoria posterior, habida consideración de que la misma disposición reglamentó la vigencia de la inhabilidad, la cual persiste cinco años y desaparece al cabo de este lapso sin necesidad de más requisitos. Exigirlos en este momento por analogía, remitiéndose al procedimiento penal, sería tanto como adicionar el texto legal, lo cual está claramente prohibido al intérprete, quien no puede desatender al tenor literal de la ley, cuando su sentido es claro, a pretexto de consultar su espíritu'.

Así pues, como según la jurisprudencia actual de la Corte las inhabilidades a que se refieren los numerales 5º, 6º y 7º del artículo 8º del Decreto 1660 de 1978 tienen una prolongación precisa en el tiempo y su supresión se produce *'ipso jure'*, es preciso concluir

en sana lógica jurídica que para la fecha de la declaratoria de insubsistencia (septiembre 7 de 1979) ya no se daba el supuesto de hecho exigido por el numeral 6º *in fine* del artículo 8º del Decreto 1660 de 1978 en razón a que las dos primeras sanciones que habían empezado a inhabilitar al doctor Suárez ya no existían, por haber transcurrido un término superior a 5 años desde la ejecutoria de las providencias que las impusieron en los meses de mayo y agosto de 1968.

Situación distinta se hubiera presentado si realmente para la fecha del Decreto de insubsistencia (septiembre 7 de 1979) se encontraren vivas o existentes las tres sanciones. Lo propio puede predicarse de las inhabilidades por destitución o suspensión.

De no ser esto así, no tendría objeto alguno la existencia del parágrafo del artículo 8º del Decreto 1660 de 1978, que como ya se estableció no introdujo un término prescriptivo, como erradamente lo entiende el Tribunal, sino la reglamentación de la vigencia de las inhabilidades que obviamente no pueden ser indefinidas en el tiempo o imperecedoras.

Por manera que, como el parágrafo del artículo 8º del Decreto 1660 de 1978 no consagra un término prescriptivo, en manera alguna cabía o era procedente la declaratoria de inconstitucionalidad proferida por el Tribunal y mucho menos la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral del artículo 112 del Decreto 1660 de 1978 —por favor, oígase bien del artículo 112— que no tiene nada que ver con la litis.

Debe hacerse presente pues, que los actos acusados sí adolecen de falsa motivación, en razón a que el doctor Suárez Vega no se encontraba inhabilitado en el momento de su nombramiento para desempeñar el cargo de *Abogado Asesor Grado 19 de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial con sede en la Unidad Seccional de Pasto.*

En cuanto a la propia declaratoria de inconstitucionalidad, yo considero que el Tribunal carece de competencia para proferir esta clase de decisiones, ya que la jurisdicción contenciosa no es oficiosa sino rogada.

Qué tremendo desorden y caos jurídico que se presentaría si la justicia contenciosa o cualquier otro juez pudiese proferir *ad libitum* y sin el debido proceso y con consideraciones meramente subjetivas y con desconocimientos de la jurisprudencia imperante esta clase de declaratorias. ¿A dónde iría a parar la seguridad y la estabilidad jurídica?. ¿Podría decirse que un fallo como el cuestionado produce efectos *erga omnes* en cuanto a la declaratoria de inconstitucionalidad?

Yo creo que estamos frente a una situación demasiado grave señores Consejeros y que a esa honorable Corporación le corresponde ubicar al Tribunal en su sitio, en aras de una recta función jurisdiccional" (fls. 46 a 48).

Consideraciones:

Observa el apelante, con evidente acierto, que "las normas legales no deben tornarse mera letra muerta y menos las que atañen al procedimiento o las procesales que al tenor del artículo 6º del Código de Procedimiento Civil son de orden público" (fl. 42), pero es obvio que esta regla es válida también respecto de la caducidad de la acción, fenómeno extintivo que, por su carácter irreversible, opera *ipso jure* e *ipso facto* al vencimiento del término prefijado en la ley.

Corresponde definir en el *sub lite* si tal fenómeno afecta la acción propuesta por el demandante, previamente a cualquiera otra consideración. No estaría de más recordar, dada la importancia de la figura y la trascendencia que reviste en el proceso, las palabras con que Josserand, según cita de Hernando Morales, se refiere a los llamados *términos* o *plazos prefijos:*

> "1º No admiten suspensión ni interrupción; por definición se consideran preconstituidos y se cumplen en el día fijado aunque sea feriado (sentencia del Tribunal de Roanes de 27 de diciembre de 1930), sin que su vencimiento pueda evitarse o diferirse aún por causa de fuerza mayor (Corte de Casación, sentencia de 28 de marzo de 1920). La regla latina *contra non volentem egare non currit prescriptio* es inaplicable en lo que a estos plazos concierne. 2º Con mayor razón estos plazos resultan inmodificables por la voluntad de los interesados, así se trate de hacerlo en un sentido o en otro; su reducción es tan inconcebible como su prórroga. 3º No pueden ser materia de convención antes de que se cumplan, ni después de transcurridos pueden renunciarse; el plazo prefijado obra independientemente y aún contra la voluntad del beneficiario (Casación Civil, sentencia de 7 de mayo de 1923, etc.). 4º El juez puede y debe declarar de oficio los plazos prefijados; la misma ley convida a respetarlos y a hacer que se respeten; ni siquiera se necesita que hayan sido opuestos por uno de los litigantes contra el otro; actúan de pleno derecho. 5º Una vez producida la caducidad del término en derecho se extingue, en forma absoluta; queda sin aplicación la regla que dice: *'Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum'...*" (Tomo 2º, Nº 1005). ("Curso de Derecho Procesal Civil", Parte General, 9ª Edición, Editorial ABC, 1985, pág. 362).

Así pues, dado que el término de caducidad tiene un punto de partida, necesario es definir éste en primer lugar. Partiéndose del presupuesto de que los actos de insubsistencia, salvo casos especiales, no admiten recurso alguno, la fecha que marca la iniciación del mismo es aquella en que el afectado tiene conocimiento de la decisión. En algunos casos, a falta de otro elemento de juicio, ha de tomarse la fecha de expedición del acto si coincide con la de ejecución, ya que el hecho material de la separación del servicio conlleva el necesario conocimiento de la decisón administrativa.

Carece de trascendencia el hecho de que el funcionario separado del servicio formule recursos contra declaración de insubsistencia. Si

la medida no es susceptible de recursos, los que se interpongan en tal caso carecen de eficacia para modificar o prorrogar el término de caducidad. la insubsistencia es un acto *autónomo y definitivo*, lo primero porque se declara en ejercicio de la facultad discrecional que tiene la administración en relación con determinados cargos, y lo segundo porque la decisión administrativa se agota y concluye con el acto mismo, constituyendo un círculo cerrado, hermético a toda actividad de fuerzas extrañas. No le queda al funcionario declarado insubsistente otro camino que ocurrir directamente a la protección jurisdiccional para demostrar, si es el caso, alguna de las circunstancias de que trata el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Pero tal cosa ha de hacerse dentro del término de caducidad.

A este respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, reiterando criterios adoptados en fallos anteriores, expresó en sentencia de febrero 16 de 1982 con referencia a los actos condición:

> "Es el acto mismo, único, el que genera la competencia del Contencioso Administrativo. No hay, por esta razón la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa, puesto que con la expedición y el perfeccionamiento del acto se cumple este agotamiento, la administración agota por sí misma su poder al efectuar el acto condición dispositivo y no decisorio dentro de la facultad de libre nombramiento y remoción, a la inversa de lo que es el caso de la existencia de carrera administrativa, en el cual se trataría ya de un acto decisorio, sujeto a las normas correspondientes a la garantía de la inamovilidad relativa" (*Anales del Consejo de Estado.* Primer semestre de 1982, pág. 574. Exp. Nº 10716).

Por otra parte, esta Sección en providencia de septiembre 11 de 1984, puntualizó:

> "Está la Sala de acuerdo con el Tribunal en que el acto que declara insubsistente el nombramiento de un empleado público no es susceptible de recurso alguno y, por consiguiente, el término de caducidad corre aunque se haya interpuesto el de reposición o el de apelación, pues, por lo dicho, no son procedentes. Pero esa afirmación se puede hacer, en términos generales, respecto de actos de declaración de insubsistencia de nombramientos sujetos al régimen de la facultad discrecional otorgada por la ley a las autoridades nominadoras, pues se refiere, a empleados que no están amparados por ningún fuero de estabilidad; es decir, a los de libre nombramiento y remoción.
>
> Esa tesis no es válida cuando se trata de la declaración de insubsistencia del nombramiento de un empleado escalafonado en alguna carrera, para lo cual la ley no ha investido a la autoridad nominadora de facultad discrecional, puesto que esa medida no procede sino en los casos autorizados por las respectivas disposiciones y mediante la aplicación del correspondiente procedimiento.
>
> La providencia que declara insubsistente el nombramiento de un empleado de carrera no puede menos que estar sujeta al régimen de las notificaciones y de los recursos por la vía gubernativa" (Expediente número 10480, actor: Severo Mulato. Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. *Anales,* 2º semestre de 1984, pág. 246).

Se advierte en el *sub lite* que el actor fue declarado insubsistente por Decreto 156 de septiembre 7 de 1979, en el cual se motiva la decisión en el hecho de que el funcionario había sido sancionado en tres oportunidades anteriores según constancia de la División de Registro y Control de la Viceprocuraduría General, por lo cual "se encuentra inhabilitado para desempeñar cualquier cargo en la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 250 de 1970 y demás disposiciones concordantes" (fl. 17).

Interpuso el interesado recurso de reposición en septiembre 20 expresando que:

> "El día lunes 17 del presente mes y por encontrarme en esa ciudad en comisión ordenada por el doctor Mario Restrepo Tafur, Procurador Delegado para la Policía Judicial, me he enterado del Decreto antes mencionado, en que se me 'declara insubsistente el nombramiento como Abogado Asesor grado 19, de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, con sede en la Unidad Seccional de Pasto', copia de la cual llegó a esta ciudad el día viernes 14 pasado" (fl. 67).

Teniendo en cuenta la doctrina de esta Corporación respecto de la inimputabilidad por vía administrativa de este tipo de actos y en ausencia de constancia diferente sobre la fecha en que se hizo saber al funcionario la decisión o ella se ejecutó, debe tomarse en consideración la manifestación que hace en la anterior comunicación de que se enteró el lunes 17 de septiembre de 1979, que es, por consiguiente, la fecha en que comienza a correr el término de caducidad.

El actor debió presentar su demanda a más tardar el 17 de enero de 1980, de conformidad con las previsiones del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo entonces vigente, pero sólo vino a hacerlo en febrero 22 (fl. 27), es decir, por fuera del término de caducidad.

En tal virtud, fue un desacierto el haber dado curso a la demanda sin reparar en que se había configurado el fenómeno extintivo de la caducidad, que determina la imposibilidad para el juzgador de decidir el fondo de la litis, por cuanto la demanda promovida con fundamento en una acción extinguida no tiene la virtualidad de dar nacimiento válido al proceso para un pronunciamiento de mérito que acoja o desestime las pretensiones deducidas.

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:

1. *Revócase* la sentencia de septiembre ocho (8) de mil novecientos ochenta y dos (1982).

2. Declárese que no hay lugar a pronunciamiento de mérito, por caducidad de la acción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

LIBERTAD DE EMPRESA Y LA INICIATIVA PRIVADA.— Principios constitucionales. Doctrina. INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.

1º (Art. 32, C. N.). El precepto encierra la filosofía de buscar el equilibrio necesario para el desarrollo de las fuerzas productivas en un marco conceptual cuya premisa mayor está constituida por la libertad de empresa y la iniciativa privada, con el límite supremo del bien común, y con la finalidad de racionalizar el proceso económico.

2º Cobija todas las actividades y todas las fases del proceso productivo.

3º A términos del artículo 32 de la Carta, la intervención del Estado sólo puede ocurrir a virtud de mandamiento del legislador y su práctica se pone en acción por obra del poder ejecutivo. INTERVENCION EN EL BANCO EMISOR. Diferencia con el artículo 32 de la Constitución Nacional.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. FUNCIONES.

1º Origen normativo.

2º Funciones de vigilancia y control en establecimientos bancarios.

3º El análisis de los informes que a la administración pudiera obtener de las entidades sujetas a su control tampoco podrá conllevar la facultad de imponerles el detalle de sus planes. Puede sí solicitarles las informaciones generales que considere necesarias.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. ENTIDADES POR ELLA VIGILADAS. "PLANES GERENCIALES" o "PRESUPUESTO DEL EJERCICIO SIGUIENTE" (Nulidad).

DECLARASE la nulidad de los siguientes apartes de la circular ET 014 de 5 de febrero de 1986, proferida por la Superintendencia Bancaria:

1º Los numerales 1.1., 1.2., 1.3. y 1.4., correspondientes a los objetivos generales, metas específicas, estrategias y declaración de las premisas de planificación, del plan sustantivo.

Queda, pues, vigente, la obligación a cargo de los destinatarios de la Circular acusada, de remitir los presupuestos a que se refiere la circular, con señalamiento genérico del Plan Sustantivo.

2º Los numerales 2.1., 2.1.1., 2.1.2., 2.1.3., 2.1.4., 2.1.5., 2.1.6., 2.1.7., 2.1.8. y 2.1.9., correspondientes a los presupuestos de captaciones, o producción, de colocaciones, de ingresos, por intereses y comisiones o productos de seguros y reaseguros,

de ingresos por inversiones, de otros ingresos, de gastos por intereses y comisiones de seguros y reaseguros, de gastos administrativos, de gastos de personal y de otros gastos.
Queda, pues, vigente la obligación a cargo de los destinatarios de la circular acusada, de remitir presupuestos maestros en forma genérica.

3º Los numerales 3.1., 3.2. y 3.3., correspondientes a estado de pérdidas o ganancias presupuestado, balance general presupuestado y presupuesto de efectivo.
Queda, pues la obligación a cargo de los destinatarios de la Circular acusada de remitir los presupuestos financieros, en forma genérica.

4º Son, así mismo nulas las siguientes proposiciones de la Circular acusada:

a) "...surgidas de una visión detallada y rigurosa del futuro de la empresa por parte de sus administradores, puesto que el proceso de presupuestación hace de la planeación una responsabilidad explícita de la Gerencia", del párrafo que comienza diciendo: "El plan sustantivo se refiere...";

b) "...pero en períodos trimestrales con corte en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre, de tal manera que su ejecución se controle en esas fechas". Del párrafo que comienza diciendo: "Los presupuestos maestro y financiero...";
e) "...y si la desviación se repite en dos (2) trimestres, el presupuesto tiene que ser reformulado en enviado a esta Superintentencia dentro de los treinta (30) días siguientes al cierre trimestral". Del párrafo que comienza: "Una vez obtenidos los informes de actuación...". Y,

d) "...y las explicaciones de las desviaciones trimestrales, es preciso que alleguen un ejemplar certificado por el Revisor Fiscal, el día 15 del mes posterior al corte; esto es, en abril, octubre y enero". Esto del párrafo que comienza diciendo: "De los informes de actuación...".

La Superintendencia Bancaria y sus funciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 0564. Actor: Asociación Bancaria. Autoridades Nacionales. Nulidad y suspensión provisional de la Circular número ET 014 de 5 de febrero de 1986, expedida por la Superintendencia Bancaria. Fallo.

Decide la Sección la acción de nulidad intentada por la "Asociación Bancaria" contra la Circular externa número 014 de 5 de febrero de 1986, emanada de la Superintendencia Bancaria.

Se ha surtido el trámite de la única instancia sin que se observe la existencia de causal de nulidad que pudiera invalidar lo actuado.

Las partes y el señor Agente del Ministerio Público han presentado sus alegatos y rendido, respectivamente, su concepto.

El señor colaborador de la Fiscalía Tercera es de criterio que en el fallo se acceda a las súplicas de la demanda.

La Circular acusada. Contenido y alcance.

El acto acusado, Circular ET 014 de 5 de febrero de 1986, dispuso que los Presidentes, Gerentes Generales y Revisores Fiscales de los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, financiadoras de vehículos, sociedades administradoras del sistema de tarjetas de crédito, compañías de seguros, reaseguros y sociedades de capitalización debían enviar a la Superintendencia Bancaria, antes del 20 de diciembre de cada año, los presupuestos del ejercicio siguiente, con el fin de que ese organismo pudiera conocer en forma anticipada y cuantitativa los planes generales de esas entidades.

Los presupestos deberían contener un plan sustantivo, el presupuesto maestro y el presupuesto financiero.

El plan sustantivo debía producirse como un "modelo conceptual que orienta las decisiones de planeamiento, surgidas de una visión detallada del futuro de la empresa por parte de sus administradores" y ajustarse a un esquema que comprendiese los objetivos generales, las metas específicas, las estrategias y la declaración de los permisos de planificación.

El presupuesto maestro generaría "a través de las cédulas presupuestadas decisiones claves relacionadas con tasas activas y pasivas de interés, selección de riesgos, crecimiento y desarrollo, programas publicitarios, recursos humanos, necesidades de capitalización, etc.".

En él debería contemplarse lo relativo a las previsiones de captación o producción, colocaciones, ingresos por intereses y comisiones, productos de seguros y reaseguros, ingresos por inversiones y otros conceptos, gastos por intereses y comisiones o costos de seguros y reaseguros, gastos administrativos, gastos de personal y otros.

El presupuesto financiero estaría concebido como "un sistema de cuantificar los resultados y las políticas administrativas", siendo un reflejo de los aspectos previstos en el plan sustantivo y la planeación financiera.

El presupuesto financiero incluiría el estado de pérdidas y ganancias presupuestados, el balance general presupuestado y el presupuesto efectivo.

Se establece en la Circular que los presupuestos maestro y financiero se deben preparar por todo el ejercicio, pero para períodos trimestrales con corte en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre.

Si de los informes de actuación la Superintendencia detectara desviaciones "cuyo impacto sean (sic) por defecto superiores o iguales al 15% de los ingresos o por excesos en los inferiores", debían ser explicados y si se repitieran en dos (2) trimestres, el presupuesto tendría que ser reformado y enviado a aquel organismo dentro de los treinta (30) días siguientes al cierre trimestral.

El Revisor Fiscal debía certificar los informes de actuación y las explicaciones de las desviaciones trimestrales, el día 15 del mes siguiente al corte.

La Superintendencia recordaba a los destinatarios de la Circular que el incumplimiento de las indicaciones consagradas en ella darían lugar a las sanciones previstas en la ley.

Se trata, como se ve, de una decisión proferida por autoridades administrativas y que crea obligaciones para sus destinatarios. Es, pues, un acto administrativo, cuyo control jurisdiccional corresponde a esta Corporación y respecto del cual, dado su carácter general, no era procedente, como requisito previo para intentar la acción, agotar la vía gubernativa.

Fundamento de la acusación:

La demanda contiene varios argumentos que se enderezan a demostrar la injuricidad de la Circular ET 014 de 1986, y ellos consisten, en síntesis, en lo siguiente:

a) La Superintendencia Bancaria carece de competencia para adoptar la decisión acusada, pues entre las funciones que la ley le señala no existe la de exigir de las entidades sujetas a su control la presentación de los presupuestos a que la medida acusada se refiere.

Cita en apoyo de su argumento las disposiciones contenidas en los artículos 19, 39, 41, 47 y 87 de la Ley 45 de 1923 y el artículo 1º del Decreto 125 de 1978, así como los artículos 48, 50 y 152 del Código de Comercio.

Sostiene el actor que la inspección del ejecutivo en las sociedades a que se refiere la Circular versa sobre hechos pasados y no sobre sus planes futuros que se propondría adelantar y que deberían consignarse en los presupuestos exigidos por la medida impugnada los cuales no constituyen una obligación o carga impuesta por la ley a los bancos y entidades financieras;

b) Como estima que los fines de la Superintendencia sólo pueden suplirse dentro de las pautas legales, halla que al exigir la presentación de presupuestos no contemplados en aquellas, se viola el artículo 20 de la Constitución Nacional, así como el artículo 32, pues la intervención requiere mandato expreso de la ley, y sostiene que en la Circular ya referida se encuentra un acto de intervención, sin que previamente se haya expedido ley que lo autorice;

c) De allí deduce que el acto acusado conlleva una violación del derecho a la libertad de empresa y a la iniciativa privada, pues es del fuero de cada entidad privada fijar sus objetivos y metas y el presupuesto con el que ha de contar para el logro de sus políticas.

Cree el actor que con la medida contenida en la Circular se introduce el germen de una verdadera coadministración, no autorizada en favor del Estado por ser contraria a la iniciativa en una economía de libre empresa;

d) Halló que se desconoció también el principio de separación de poderes (art. 55, C. N.) y las atribuciones constitucionales del Congreso, pues por medio de la Circular se adoptan medidas que son del resorte del legislador;

e) Con paralelo argumento estima infringido el artículo 120, numeral 14, pues, en su sentir, la Circular invadió los ámbitos de las funciones del Ejecutivo que deben ejercerse por medio de decretos autónomos y no de circulares de la Superintendencia;

f) Señala el actor que el Código de Comercio, en cuanto a la contabilidad, indica los libros y documentos que deben llevar los comerciantes y no se encuentra entre ellos los relacionados con el presupuesto o planes gerenciales de futuro;

g) Finalmente considera infringido el artículo 3º, inciso 2º del Código Contencioso Administrativo, pues afirma que la documentación exigida en el acto acusado es contraria al principio de economía que debe regir en las actuaciones administrativas.

La suspensión provisional.

El demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, la cual fue denegada por el señor Consejero conductor del proceso; dicha medida fue suplicada y la Sala de Decisión, tras oír las argumentaciones de las partes, acogió la petición y decretó la medida cautelar solicitada.

Contestación de la demanda.

Durante el traslado de rigor, la Superintendencia Bancaria dio contestación a la demanda y en ella solicitó al Consejo de Estado que denegara las súplicas de la actora.

Los alegatos de conclusión.

a) Las partes alegaron de conclusión dentro del término de ley y sus argumentos han de tenerse en cuenta para proferir este fallo.

En sus memoriales sostuvieron:

I. La parte demandada.

La parte demandada dividió en dos capítulos sus argumentos. El primero lo consagró a una exposición suscinta, que denominó argumentos de administración financiera y argumentos de derecho, respectivamente.

Enmarca la Circular 014 de 1986 dentro de las funciones de alta policía administrativa que competen a la Superintendencia, cuya finalidad es la de "garantizar el bienestar social y económico de todos los ciudadanos a través de la protección del ahorro privado", para evitar situaciones de iliquidez, insolvencia o pérdida de solidez de los entes que conforman el sector financiero.

Para lograr ese objetivo la Superintendencia sostiene que consideró indispensable acudir a los medios modernos de la administración financiera y, específicamente, a la planeación por presupuestos, de la cual citó algunas definiciones de la doctrina especializada en esa materia.

Al considerar que el control sobre las entidades financieras debe ser no sólo posterior y concordante a sus resultados y decisiones, sino también anterior a éstas. La Superintendencia afirmó que los elementos de juicio sobre los ingresos del sector financiero permitirían reducir al máximo los riesgos de crisis en el sistema, como las liquidaciones o nacionalizaciones, pues el control a través de presupuestos permitiría una evaluación oportuna en lo financiero y operativo que facilitaría la adopción de correctivos eficaces y medidas de saneamiento oportunas.

En cuanto a los razonamientos jurídicos, sostiene que contrariamente, a lo afirmado por el acto, en la Constitución, artículos 55 y 76, se ha previsto que el legislativo trace las líneas generales en materia de intervencionismo y al Ejecutivo se le faculta para desarrollar y ejecutar la política ya indicada, por contar con el personal y los medios requeridos a ese efecto, y que, de todos modos, la circular es ley en sentido material.

Reafirma que el artículo 20 de la Constitución Nacional no ha sido vulnerado, pues la Circular no ha creado nuevas infracciones ni nuevas sanciones, pues se ha limitado a reiterar que el incumplimiento de los destinatarios a suministrar la información dispuesta acarreará las sanciones prevista en la ley (Ley 45 de 1923 y Decreto-ley 2920 de 1982).

Asevera que la reformulación que debe ocurrir en casos de que se presenten las desviaciones señaladas en la Circular, "son responsabilidad única y exclusiva de cada institución ya que es función de la administración de cada empresa proyectar su futuro por cualquier mecanismo presupuestal, o similar dado por las ciencias administrativas".

Con enumeración de fallos tanto de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de junio 12 de 1962, marzo 31 de 1971), como de los doctrinantes, hace la exégesis del artículo 32 de la Constitución Nacional en materia de intervencionismo para sostener que anda errado el actor cuando reduce esa posibilidad únicamente al contexto del referido precepto fundamental, y que la Superintendencia tiene la fuente de su sustentación, además, en el artículo 120-14, por las razones expuestas en el primer capítulo de su argumentación basada en los principios de administración financiera.

Sobre este particular, se respaldó en el artículo 120-15, que autoriza al Ejecutivo colombiano para intervenir en campos específicos de la economía y para ello invoca jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la Superintendencia puede "imponer sanciones a los bancos que no se ajusten al encaje, exigir la suspensión de prácticas inseguros, pedir explicaciones, dictar las reglas generales que deben seguir los bancos en su contabilidad y establecer otros controles análogos" (fl. 88).

La demanda recuerda fallo de esta Corporación en el cual se sostiene que es claro que para el ejercicio de sus funciones de vigilancia e inspección el Superintendente debe contra con un medio eficaz para ejercerla cual es la facultad de *dar instrucciones de carácter general con fuerza obligatoria* para que la función de vigilancia sea efectiva y no formal" (subrayas de la Superintendencia).

Relieva entre las facultades del Superintendente, las que permiten decidir o no de la creación de las entidades sujetas a su control, conceder la licencia de funcionamiento, interviniendo en su legalización y llegando a la nacionalización, por lo que no es injurídico que pueda tomar otras medidas más simples, como la solicitud de información de los presupuestos a que se hace referencia en la Circular 014 de 1986.

La naturaleza de la función confiada a la Superintendencia para cumplir tareas de "policía de orden público económico", hace que sus potestades sean amplias para satisfacer cuatro fines señalados por la doctrina: 1º Velar por los intereses de quienes depositan su confianza en entidades financieras; 2º Tutelar los intereses de sus accionistas; 3º Colaborarse en orden al cumplimiento de sus fines en armonía con la política económica del Gobierno, y 4º Procurar la ejecución de las leyes que se relacionan con esos establecimientos.

Frente a la supuesta transgresión del artículo 3º, inciso 2º del Código Contencioso Administrativo estima la demandada que este argumento es descaminado e improcedente por cuanto la Circular acusada no está causando nuevas erogaciones del Tesoro de la entidad financiera que ella comprende, y destacó que el 90% de las mismas cumplen con las disposiciones de la decisión cuya nulidad pretende obtener la actora.

Rechaza la acusación que cree hallar de parte del actor consistente en la violación con la expedición del acto atacado, del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pues cree que "mal podría ... infringir una norma instituida... para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas".

Contraataca la Superintendencia el argumento de la actora consistente en la consideración de que en materia contable la ley señala los medios y términos contables para destacar que, en ese campo, el Superintendente Bancario, por excepción, puede ejercer facultades especiales que le otorga la Ley 45 de 1923, y como la contabilidad tiene por finalidad principal suministrar información, y el Superintendente puede recibir información, que no se limita a datos históricos y que pueden también exigir no sólo esos sino toda otra información, que es lo que ha hecho la Circular, lo cual resulta, en su opinión legal.

Alegato de la actora.

Con ocasión de la cláusula del debate, la actora expuso sus argumentos para pedir fallo favorable a sus pretensiones y se remitió a las razones que había suministrado anteriormente con ocasión del recurso de súplica propuesto para obtener que se dispusiera la suspensión provisional.

Por ello, es necesario examinar los argumentos expuestos en una y otra oportunidad.

a) *Argumentos dados con ocasión del recurso de súplica contra el auto que denegó la suspensión provisional.*

La parte demandante sostuvo, con ocasión del recurso de súplica contra el auto que admitió la demanda y denegó la suspensión provisional del acto acusado, que la Superintendencia Bancaria, si bien dispone de amplias facultades interventoras en materia de control de las entidades puestas bajo su vigilancia, carece, con todo, de las que la autoricen para proferir las medidas que contiene el acto acusado, ya que la Ley 45 de 1923, en su artículo 41 habla de informes sobre hechos o actuaciones anteriores, pero no sobre proyecto y planes futuros.

La facultad para restringir a los bancos prácticas inseguras deriva de la Ley 45 de 1923, pero ello no tiene nada que ver con la obligación de presentar presupuestos y proyectos gerenciales como los exigidos por la circular cuya nulidad impetra la demanda.

Al hablar de la necesaria inspección que ejerce la Superintendencia sobre la actividad de los entes dedicados a la actividad bancaria y financiera, el señor apoderado de la asociación gremial que ha intentado la acción, sostiene que aquella no es ilimitada ni discrecional, pues en todo caso esa inspección puede realizarse aún en ausencia de planes gerenciales, y supone que en los argumentos dados para negar la suspensión provisional existe una confusión entre el control fiscal propio del sector público y a cargo de la Contraloría General de la República, con el control de inspección ejercitable por la Superintendencia Bancaria sobre las entidades del sector privado, confusión inadmisible e improcedente, dada la finalidad, naturaleza y origen de uno y otro control.

Destaca el señor Procurador Judicial de la actora que en la actualidad el control de la Superintendencia Bancaria es previo, aunque también puede ejercerlo con posterioridad a las actuaciones de las compañías del sector financiero, a través de la imposición de multas y sanciones, o de la solicitud y obtención de informes sobre la marcha de los negocios y estado de sus balances y situación de encaje.

Es de parecer que el Consejo de Estado no puede fundar el juzgamiento de la medida acusada en razones de conveniencia o de inconveniencia, pues estima que la apreciación de esas circunstancias está deferida al legislador o al Poder Ejecutivo.

Insiste la actora en que la Circular número 014 de 1986 es inconstitucional o ilegal por carencia de título legal o constitucional en los cuales pretende fundarse, y deniega la pretendida facultad de la Superintendencia Bancaria para, con base en el artículo 39 de la Ley 45 de 1923, exigir la presentación de los proyectos y presupuestos aludidos por la Circular 014; cree que aquella disposición se refiere a informes o hechos en el pasado, pero no a posibles proyecciones de hechos realizados, cuestiones de pasado, pero no a la posibilidad de lo que puede ocurrir, cuestiones de futuro.

Al efecto pondera el complemento final y específico del artículo 41 de la ley bancaria, para destacar que la disposición sólo autoriza la solicitud por parte de la Administración de informes sobre hechos pretéritos, como se acaba de decir.

Al discurrir sobre el alcance del artículo 47 de la misma ley insiste en que todas las intervenciones, sanciones y medidas que puede tomar la Superintendencia se refiere a prácticas ocurridas y no por hechos de futura ocurrencia, basados en el presupuesto, pues aquellas se autorizan para corregir y sancionar prácticas inseguras o actuaciones de los negocios no autorizados por la ley, o el desencaje bancario o la pérdida de capital de las compañías bancarias.

En cuanto a la posibilidad de exigir que se elaboren los proyectos y presupuestos, derivada de la obligación de llevar la contabilidad, niega la validez de esa deducción, pues no aparece que la ley o el reglamento hayan establecido tal exigencias, pues ella, la mencionada obligación, no puede derivarse de las disposiciones de los artículos 48, 50 y 152 del Código de Comercio.

Afirma que la Superintendencia carece de competencia para intervenir en el mercado público de valores, pues tal función le está encomendada a la Comisión Nacional de Valores en los términos de la Ley 32 de 1972 y disposiciones complementarias.

b) *Argumentos del alegato de conclusión.*

Con ocasión del alegato de conclusión, la parte actora expuso en dos capítulos principales sus argumentaciones tendientes a obtener fallo favorable a sus pretensiones.

Bajo el título de consideraciones de fondo, se ocupa del intervencionismo del Estado en Colombia, para relievar, en primer término, que la demanda no cuestiona este aspecto y considera que, por razones de bien común la actividad privada puede ser intervenida y que la economía privada, con sus elementos de propiedad, libertad de empresa e iniciativa privada, puede ser dirigida por el Gobierno, previo mandato de la ley, si bien tales intervenciones no pueden ser ilimitadas ni discrecionales.

Al ocuparse de la finalidad, alcance, medio y técnica jurídicos para el Ejecutivo dentro del marco de la ley o de los decretos autónomos, y 15 de la Constitución Nacional, todos los cuales deben ejercerse por el Ejecutivo dentro del marco de la ley o de los decretos autónomos, sostiene que la Superintendencia Bancaria sólo puede obrar con base en ese tipo de normas, y en virtud de delegación hecha por el Presidente de la República, todo lo cual refuerza con conceptos de la doctrina y jurisprudencia nacionales.

En esta oportunidad el señor apoderado de la actora reiteró sus argumentaciones relacionadas con la improcedencia de asimilar el manejo de los negocos privados en materia de presupuesto y de control con el presupuesto y controles en materia de bienes del Estado los cuales se hallan regulados por principios diferentes, sistematizados en la ciencia de la Hacienda Pública, para concluir que no puede pretender la Administración establecer sistemas de controles que fueran analógicamente paralelos a los del sector público, asimilado la Superintendencia a la Contraloría General de la República, ya que aquella no puede vigilar la ejecución de presupuesto de las entidades privadas, no exigidos por la Constitución ni por la ley.

Plantea la idea según la cual a los Gerentes y Administradores de las entidades financieras gozan de una "intimidad gerencial", que califica de reducto privado, inviolable, e inherente al manejo de una sociedad, y que la Circular acusada desconoce, al exigir la presentación de los proyectos y presupuesto ya descritos, los cuales corresponden al campo de acción personal de los responsables de las entidades que allí se mencionan, y transgrede así la garantía de la libre empresa y de la iniciativa privada de los responsables del manejo de las compañías particulares.

En apoyo de sus argumentos invoca el contenido de la Circular 034 de 1986 de la misma Superintendencia que, en opinión de la actora, limita el alcance del acto acusado al simple envío de informaciones, cuya omisión daría lugar a las sanciones previstas, aunque insiste en el alcance objetivo del acto acusado que es el "control integral de las actividades presupuestales", lo cual halla contrario a la filosofía expuesta en materia de intervención y de facultades de los organismos administrativos de control del Estado.

En un segundo capítulo sobre contestación de la demanda, responde a las afirmaciones de la señorita apoderada de la Superintendencia Bancaria, para rechazarlas, por considerar que las mismas obedecen a errores de apreciación de la demanda.

Concluye su alegato la Asociación Bancaria sosteniendo que la Superintendencia Bancaria produjo el acto acusado sin base en ley o reglamento constitucional que la autorizara al efecto, y que no existe norma alguna en el Código de Comercio que permita exigir a las entidades sujetas al control de aquella la presentación y formulación de planes y proyectos gerenciales, por lo cual estima ilegal e inconstitucional el acto acusado.

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Tercero ante esta Corporación emitió concepto de rigor, y en él solicitó que se accediera a las súplicas de la demanda, pues estima que en nuestra legislación no está previsto el control de gestión sobre las entidades mencionads en la Circular número 014, ya que ese control supone coadministración, y que el control previsto es sólo histórico por lo cual cree que la intervención de la Superintendencia está limitada a actos y hechos realizados y que las medidas extremas que ella pueda tomar son transitorias y dentro de la óptica de no agular la gestión y la iniciativa privada.

Consideraciones del Consejo:

Los principios constitucionales, la libertad de empresa y la iniciativa privada.

I

a) La organización del Estado moderno, que se pretende social de derecho, confronta en la óptica de la filosofía política, la oposición entre los derechos individuales y los derechos colectivos o de comunidad.

En los diversos campos de la actividad humana tal oposición es siempre posible. Piénsese en el más amparado de todos: La libertad individual, asediado por el moderno Estado burocrático. El derecho a la propiedad privada de los medios y bienes de producción, afectado por el hecho de existir masas ingentes que carecen de él y que no tienen por fuerza de las circunstancias, restringido por los factores propios de una economía dependiente y periférica.

De otra parte, los intereses colectivos que, por serlo, merecen una protección superior de la organización jurídica estatal. Tales, por ejemplo, el derecho a la prestación en forma permanente y continua de los servicios públicos fundamentales, que implican la restricción al derecho de propiedad, al derecho al trabajo, al derecho a la huelga, y a la propia libertad individual, que halla su regulación en el derecho de policía, cada día más amplio.

La crisis de la creencia liberal clásica, según la cual la sociedad se desarrolla armónicamente por el libre juego de las fuerzas disímiles que la integran, tan patente en las primeras etapas del desarrollo industrial, forzó a admitir que el Estado tenía el papel de intervenir para corregir los desórdenes de la economía de mercado a fin de generalizar un equilibrio en las relaciones de fuerzas contrapuestas en el seno de la comunidad.

Bajo esos principios y con base en la experiencia universal, y desde la Constitución de 1886, se había establecido que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público", principio constitucional aún vigente que es como el fundamento de la interpretación de todas las garantías individuales reconocidas por la Carta.

La valoración de los demás derechos consagrados en la Constitución debe hacerse teniendo en cuenta ese criterio fundamental: Prevalencia de lo social sobre lo individual, previa definición legal y sin perjuicio de restituciones o indemnizaciones que es sólo consecuencia de otro principio también justo: La repartición equitativa de las cargas públicas.

Un autor, no sospechoso de extremismos, testigo de la crisis y el fracaso de las Repúblicas liberales de comienzos del siglo, la española y la alemana de Weimar, escribió que el colapso del modelo demoliberal implica una necesaria planificación, en la que no se debía dar lugar a los excesos de las dictaduras totalitarias de la extrema derecha o de la extrema izquierda y confiaba en la capacidad de preservar los valores fundamentales de Occidente a la buena planificación. A este respecto decía: "Quienes no establecen una clara distinción entre una reglamentación ciega y una planificación bien meditada, precisamente porque ambas afectan a un hipotético orden natural de las cosas, nunca serán capaces de comprender la diferencia entre una sociedad prudentemente planificada y las maniobras egoístas de un grupo manipulador" (Karl Manheimm, Libertad y Planificación Fondo de Cultura Económica. México 1942, pág. 15). Y agregaba: "Las democracias aún no han hallado una fórmula para determinar qué aspectos del proceso

social pueden ser regidos mediante reglamentación y las dictaduras no se dan cuenta en que intervenir en todo no es planificación. Porque la planificación sólo puede tener un valor positivo si está basada en las fuerzas creadoras, es decir, si dirige fuerzas vitales sin reprimirlas (*ibídem*, pág. 15).

La idea del autor, centrada en buena parte en la necesidad de transformar la condición humana, no ha podido ser verificada. En cambio, al menos relativamente, la técnica de la reglamentación ha permitido cantonar relativamente en sus linderos a las fuerzas sociales de modo que el conjunto no estalle.

Los redactores de la Reforma de 1936 en Colombia entendían la necesidad de un intervencionismo en la economía y concibieron, entonces, el texto del artículo 32 de la Carta en términos tales que "se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título... Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o intrés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones" (art. 30).

"El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho..." (arts. 26 y 28, parciales).

La inspiración de la Reforma venía de León Duguit y el Ministro de Gobierno Darío Echandía decía en su exposición de motivos:

> "La Constitución persigue como finalidad primordial limitar la competencia de cada uno de los organismos por los cuales se ejercita el poder público y señalar una valla a los poderes del Estado frente a ciertos derechos del individuo. Cuando se trata, por ejemplo, de reformar la legislación social sobre la base de proteger a las clases no poseedoras, el concepto que inspire la Constitución a lo relativo a la libertad económica puede influir sobre la posibilidad de hacer la reforma legislativa, y entonces, como supuesto necesario de esta reforma, habrá que obtener antes una modificación de la Carta. Otras coyunturas se pueden ofrecer en que la enmienda legal suponga, en primer término, una revisión constitucional. Pero lo que tiene una gran importancia práctica, es la cuestión de método. El orden racional es construir primero un plan legislativo de reforma, para corregir la Constitución cuando quiera que se oponga al cambio planeado de las leyes. Este procedimiento, que pudiéramos llamar a posteriori, de resolver la cuestión, es el que mejor cuadra con la necesidad de adoptar las enmiendas constitucionales en legislaturas ordinarias.
>
> "La Constitución sancionada el 5 de agosto de 1886, enmendada en 1910 y vigente aún, ha sido, de tiempo atrás, signo de contradicción y enseña de combate de los partidos políticos. Con una crítica no siempre basada en estudios serios, se ha afirmado por unos que la Carta resulta incompatible con las actuales reali-

dades ambientes y las nuevas concepciones jurídicas, y por otros, que ella es canon intocable y código perfecto, que por una suerte de sentido profético en sus autores, previó situaciones futuras y captó con prodigiosa presciencia las posibles modificaciones del medio en que había de actuar. Entre la irrazonada diatriba y el ciego encomio, es necesario adoptar una posición genuinamente crítica. El efecto de una inspección fría y analítica del faso código, es la convicción de que en él hay partes vivas que corresponden a verdades sociales y políticas que subsisten y partes caducas, que son una traba enfadosa en cualquier empeño por modificar en sentido técnico y actual el conjunto de nuestras leyes y procedimientos de gobierno y administración. Siendo esto así, el proceso racional que atrás queda indicado exigiría, en primer término, una clara discriminación de tales diversos elementos".

. . . . . .

"El Gobierno no confunde la necesidad de regularizar la situación legal de la propiedad privada con el arbitrio desconocimiento del derecho adquirido, y se considera obligado a proteger al poseedor legítimo contra los detentadores.

"Tanto el problema obrero como el agrario están íntimamente conexionados con uno de orden constitucional: El de los poderes de intervención del Estado en la economía privada frente al principio de la libertad económica; y el del concepto de protección a la propiedtad y a los derechos adquiridos patrimoniales.

"Los artículos 31 de la Constitución y 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, dominan nuestro derecho privado y están inspirados en un concepto de los derechos individuales que ya no parece compatible con las modalidades económicas del mundo contemporáneo, con la urgencia de poner limitaciones a la actividad individual en beneficio común, y con la evolución del concepto de libertad en un sentido realista.

"Sobre todo a partir de la postguerra, una intensa actividad legislativa de todos los países cultos trata de poner las normas del derecho positivo a tono con las exigencias de la vida social y con las enseñanzas de la doctrina. Semejante universal movimiento de rectificación y de progreso en las leyes, tiene necesariamente que influir sobre el criterio con que ahora hayan de apreciarse aquellos textos de la Constitución del 86 que se refieren a la definición y protección de los derechos del patrimonio privado individual. Por esto, es evidente que son estos textos los principalmente afectados de caducidad. Aun cuando es verdad que la Carta establece la regla de que en el conflicto entre el interés público y el privado deberá prevalecer aquél, el principio de que no podrá haber expropiación sino mediante indemnización previa y plena y mandato judicial, resulta demasiado riguroso y ocasionado a sacrificar muchas veces el justo interés de la sociedad a particulares egoísmos. La idea actual de que la propiedad debe ejercitarse como una función social, impone más flexibilidad en la Constitución para permitir al legislador apreciar los múltiples

matices que en la realidad ofrece el problema de las indemnizaciones.

"Tanto la enmienda en el principio de la protección constitucional a la propiedad y a los derechos adquiridos, como la relativa a la intervención del Estado en la economía privada con un sentido de protección al trabajo, están previstas en el siguiente proyecto presentado por el Ministro de Gobierno al Congreso de 1934" (La Reforma Constitucional de 1936, Cámara de Representantes, págs. 15 y ss.).

La intervención en la actividad de las personas privadas comenzó antes de su consagración constitucional. Y fue precisamente la Ley 45 de 1923 sobre Superintendencia y Banca, un ejemplo de lo anterior. Pero por razón de la deformación mitificante del culto a la norma escrita, se quiso consagrar el principio a nivel de canon constitucional, el cual fue reformado en 1945 y 1968.

Gerardo Molina en su excelente libro "Las ideas liberales en Colombia", enseña que:

"El concepto de intervención del Estado tiene antecedentes en la historia colombiana, tanto en lo que se refiere al derecho público y a la actividad oficial como en el orden de las ideas. Lo que se hizo en 1936 fue consagrarlo de modo terminante, como una manera de ser del poder público y erradicar lo que pudiera quedar de leseferismo. Para nosotros todo Estado es intervencionista; lo que varía es la intesidad y el fin que se busca, de beneficio a unos sectores o a otros. Así no pecaron contra ningún dogma los radicales del siglo pasado, cuando sus gobiernos practicaron, cual más, cual menos, el intervencionismo.

"Pero no sólo los liberales lo hicieron. Los conservadores obraron de manera similar, y de ese modo la Constitución de 1886 establecía en el artículo 44 la inspección de las industrias en lo relativos a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas y disponía que la ley podría exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y auxiliares. El Acto legislativo número 1 de 1918 avanzó más al disponer que la ley podrá ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transporte, y que se deberá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de la abogacía. El Acto legislativo número 1 de 1921 prescribió a su turno que la ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas.

"... ... ...

"Por eso el artículo en referencia no salía del aire. Eran muchas las raíces internas, y también las externas, pues cinco años antes había dispuesto el constituyente de la España republicana: 'El Estado podrá intervenir por ley en la explotación y coordinación de industria o empresas, cuando así lo exigieren la racionalidad de la producción y los intereses de la economía nacional' ".

De la lectura de los antecedentes de lo que hoy es el artículo 32 de la Carta, el intérprete halla, y así lo consagra la Sala, que el precepto encierra la filosofía de buscar el equilibrio necesario para el desarrollo de las fuerzas productivas en un marco conceptual cuya premisa mayor está constituida por la libertad de empresa y la iniciativa privada, con el límite supremo del bien común, y con la finalidad, ya propuesta por Karl Manheim de racionalizar el proceso económico, uno de cuyos mecanismos, que adoptó el constituyente colombiano, fue el de la planificación, que no ha tenido hasta ahora desarrollo práctico.

Y la finalidad de la intervención, el desarrollo integral, que debe entenderse tanto en el plano de lo social colectivo como en el de personal, le pone el toque filosófico y moral al precepto.

Los principios y los mecanismos previstos para realizarlos, deben buscar, y esa es su justificación, el desarrollo integral, personal, o si se prefiere, individual y colectivo de la Nación simultáneamente.

La doctrina nacional, entiende que el artículo 32 citado contiene un límite claro a la libertad de empresa y a la industria privada.

En esta materia la concepción colombiana es total, en el sentido de que la intervención cobija todas las actividades y todas la fases del proceso productivo.

Pero no es totalitaria, porque no ocurre dentro de un régimen colectivista ni en la concepción de que el Estado lo sea todo y el individuo nada. Es total y democrática, porque esa intervención ha de producirse para unos fines sociales fijados en la Constitución, por mecanismos de ejercicio del poder político, también reglado, no arbitrario para finalidades también especificadas en la Carta, como son las de pleno empleo de los recursos humanos y naturales, en una concepción de equilibrio entre ingresos y salarios, en un proceso de desarrollo económico cuyas metas son la justicia social y el mejoramiento común e integrado de la comunidad nacional, con énfasis en el de las clases proletarias.

El Senador Carlos Restrepo Piedrahita, en su condición de ponente del proyecto de Reforma Constitucional de 1968, decía:

> "El Estado planificador del desarrollo inevitablemente determina, por razones técnicas, que el Ejecutivo sea el agente al cual se imputan las tareas de previsión, de formulación y de ejecución de la política de desarrollo y por esa razón es dotado de facultades especiales —como las relativas a planes y programas y a gastos públicos— que sin duda acrecientan cuantitativamente y cualitativamente la función gubernamental. Pero, como se ha visto atrás, debe haber un coeficiente democrático que se produzcan concentraciones incondicionadas en un solo órgano, destructoras del equilibrio o proporción mínima de contrapeso y control dentro del Estado. Y así, en el Estado democrático planificador, el poder de soberanía económica, es decir, el poder de decisión fundamental sobre el plan no sólo permanece en el Legislativo sino que además tiene que ser complementariamente fortalecido con poderes adicionales de vigilancia sobre la actividad del Gobierno.

Y en la especie denominado 'Estado Judicial de Derecho', es decir, aquél donde se ha institucionalizado, como en Colombia, el control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos del Legislativo y del Ejecutivo, así mismo debe proveerse a una extensión de las facultades contraloras de los jueces sobre tales actos".

Y otro de los constituyentes, el representante Salazar Movilla se expresaba así, invocando la autoridad de Mannheim y, esta vez, la de Muñoz Amato:

"Dos clases de planificación se conocen hoy. La planificación de las llamadas democracias populares cuya organización institucional los doctrinantes de Occidente calificaban como fraude institucional. Y la planificación de las democracias occidentales que algunos distinguen con el concepto de planeación para la libertad, pensando fijar de esta manera su diferencia fundamental con la planificación de los países socialistas. La notoria recuperación europea y el rápido crecimiento de su producción en el marco de una mayor intervención estatal o de lo que se conoce con el nombre de economía concertada han demostrado el éxito de esta planeación democrática. Uno de los comentadores de la Encíclica Mater et Magistra dice al respecto:

" 'La planificación es, ciertamente, hoy la idea clave de los Estados contemporáneos. Pero surge en seguida la interrogación sobre el grado de participación del Gobierno en la libre iniciativa de los particulares que la planificación entraña. Por otra parte, aunque la idea planificadora es originariamente económica, produce hoy día impactos sociales, políticos y administrativos de suma envergadura, por lo que el tema tiene, inevitablemente, una traducción política que palpita en libros como el de Hayek que la considera como una verdadera servidumbre'.

"Pero planificación no quiere decir necesariamente socialización, confusión, que, no obstante, ha dado lugar a arduas polémicas que tienen por telón de fondo el temor a la amenaza de la libertad. La función de formular sistemáticamente los programas de Gobierno —esto y no otra cosa es la planeación— no se opone en manera alguna ni tiene porqué oponerse, a la libertad económica, o, como dice Muñoz Amato, no está identificada con ningún tipo de ideología. Pero todo parece haber quedado resuelto desde que Mannheim teorizó la compatibilidad de la planificación con la libertad: Es ciertamente posible la supervivencia de la libertad del hombre dentro de un sistema planificado".

La conclusión de esta parte, consiste en afirmar que el Estado moderno colombiano es intervencionista, y que por ello puede incidir en los procesos de la economía en cualquiera de sus fases y que tal intervención es, por principio, indicativa, no impositiva, aunque ésta podría adoptarse en tiempo de crisis para superarla.

II

Dentro de los trazos generales que se dejan reseñados a grandes rasgos, la Constitución, en normas particulares, ha previsto otras posibilidades de intervención estatal. Para los efectos de esta decisión, la

Sala se ocupará particularmente de la actividad de inspección y control a las entidades financieras.

a) La acción del Poder Legislativo.

A términos del ya comentado artículo 32 de la Carta, la intervención del Estado sólo puede ocurrir a virtud de mandamiento del legislador y su práctica se pone en acción por obra del Poder Ejecutivo.

A su turno, el artículo 120, numerales 14 y 15 confiere al Presidente de la República la facultad de ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco Emisor y en las actividades de personas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado; así mismo, le compete ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes.

Una primera diferencia salta a la vista en cuanto a estas dos atribuciones: La primera puede ejercerla directamente el Presidente, la segunda la ejerce conforme a las leyes. La primera no supone mandato legal. La segunda lo requiere.

Como en el caso de autos se trata de saber si la Circular ET 014 de 1986 tiene un respaldo legal o, más ampliamente dicho, jurídico, debe la Sala examinar si el señor Superintendente Bancario tiene facultad dada por ley de las que exige el numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional, o por decreto autónomo o ley anterior a 1968, que le permita ejercerla en relación con las entidades aludidas por el artículo 120-14 de la Codificación Fundamental.

La Sala considera, con todo, necesario afirmar que las facultades de los artículos últimamente citados no podrían entenderse sino como expresión de intervencionismo estatal en materia del servicio público de banca que el Gobierno, por virtud de ley, ha autorizado prestar a los particulares.

La Superintendencia Bancaria y sus funciones.

La atribución constitucional dada al Presidente de la República por los artículos 32, 120, numerales 14 y 15 de la Constitución Nacional se han desarrollado respectivamente en reglamentos constitucionales y en leyes y decretos reglamentarios que, por la complejidad de sus funciones, han atribuido a la Superintendencia Bancaria la tarea de concretar el ejercicio de esa tarea, naturalmente bajo la jerarquía presidencial.

La Superintendencia ejerce así funciones atribuidas directamente por la ley, bajo la dirección e instrucción del Presidente de la República.

La Ley 45 de 1923, previó al efecto una sección bancaria, así:

"Artículo 19, Sust. 1º, Ley 57 de 1931: El artículo 19 de la Ley 45 de 1923 quedará así:

"Créase dependiente del Gobierno una Sección Bancaria encargada de la ejecución de las leyes que se relacionen con los bancos comerciales, hipotecarios, el Banco de la República y todos los demás establecimientos que hagan negocios bancarios en

Colombia. El Jefe de dicha Sección se llamará Superintendente Bancario, será colombiano y tendrá la supervigilancia de todos aquellos establecimientos bancarios, y ejercerá todas las facultades y cumplirá todas las obligaciones que se le confieran e impongan por la ley.

"La Superintendencia Bancaria tendrá un sello oficial que contendrá el escudo nacional con la leyenda 'República de Colombia. Superintendencia Bancaria'. Todo documento que lleve el sello mencionado y que expida el Superintendente Bancario relacionado con la existencia legal de cualquier establecimiento bancario, será prueba de dicha existencia legal".

En lo referente a las funciones de vigilancia y control, se asignó al Superintendente "visitar y examinar, personalmente, o por medio de sus delegados o inspectores, por lo menos una vez cada año, sin previo aviso al establecimiento bancario que haya de visitar, al Banco de la República y a todos los bancos, de acuerdo con las disposiciones de este artículo y del artículo 40 de la ley sobre establecimientos bancarios".

"En cada uno de dichos exámenes se investigará la situación y recurso del establecimiento bancario, el monto y naturaleza de su encaje, sus cuentas con otros bancos en Colombia y en el exterior, la manera de dirigir y manejar sus negocios, la conducta de sus Directores, la inversión de sus fondo, la seguridad y prudencia de su manejo, la garantía ofrecida a aquellas a cuyo favor están constituidas sus obligaciones, si las prescripciones legales se han cumplido en la administración de sus negocios y las demás cuestiones que el Superintendente disponga averiguar. Este tendrá la facultad de hacer revisiones especiales o parciales cuando, a su juicio, lo requiera el interés público.

"El Superintendente y los Inspectores tendrán la facultad de interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el examen y revisión de un establecimiento bancario y para exigir la comparecencia de cualquier persona para la revisión expresada. El Superintendente y sus Inspectores pueden hacer uso de las medidas coercitivas a que se refieren los artículos 627 y 641 del Código Judicial".

El artículo 41 previno:

"El Superintendente deberá exigir a todos los establecimientos bancarios a que sea aplicable la presente ley, inclusive al Banco de la República, que le presenten informes respecto de su situación, de tiempo en tiempo, en las fechas que determine y en la forma y con el contenido que él mismo prescriba.

"Dicho funcionario designará, al menos cinco veces en cada año, la fecha en que cada establecimiento bancario, incluyendo el Banco de la República, deba presentarle el informe. Este informe deberá versar sobre la situación del establecimiento que aparezca en una fecha anterior al aviso, la que será fijada por el Superintendente. Este informe deberá publicarse por el Banco en un periódico del lugar donde tenga el centro principal de sus negocios, y si allí no se publicare ninguno de bastante circulación, en uno del lugar más cercano, dentro de quince días después de haberse presentado al Superintendente.

"Si algún establecimiento bancario, inclusive el Banco de la República, dejare de rendir algún informe exigido por el Superintendente, dentro de diez días, contados desde la fecha fijada, o dejare de incluir en él algún asunto requerido por el Superintendente, éste podrá imponer a tal establecimiento una multa a favor del Tesoro Nacional, por la suma de cien pesos ($ 100.oo), por cada día en que el informe haya sido demorado o en que se deje de informar sobre el asunto omitido, a menos que el término para ello haya sido prorrogado por el Superintendente, como se prevé en el artículo 45 de esta ley".

La Superintendencia tiene, entonces, atribuciones amplias que le permiten inspeccionar a las entidades sujetas a su vigilancia a efecto de garantizar la estabilidad, la seriedad y el buen resultado de la gestión financiera que la ley les autoriza realizar.

La naturaleza de la actividad bancaria y de las corporaciones e intermediarios financieros, la crisis del sistema bancario que ha asolado al país en los últimos años, atribuible, en buena parte, a la falta de controles efectivos del sistema derivado de la oportuna intervención del Poder Ejecutivo, los intereses económicos de la sociedad que se confían a las entidades del sector y el concepto de servicio público de aquella actividad, permite al Estado el ejercicio de un poder de control y vigilancia intensas que justifican la adopción de medidas tendientes en su conjunto general a preservar el sistema de la libre empresa y de la iniciativa privada, amparándola contra los riesgos de crisis o deficiente administración.

De ahí que el artículo 1º del Decreto 975 de 1950 haya previsto desde entonces que:

"Artículo 1º Las funciones de inspección y vigilancia sobre los establecimientos en el primer considerando de este Decreto, que las disposiciones legales allí mismo enunciadas, atribuyen al Superintendente Bancario, serán las siguientes:

"a) Conocer por sí mismo, o por medio de subalternos suyos debidamente autorizados, sin restricción alguna, todos los negocios y operaciones, de dichos establecimientos o uno cualquiera de dichos negocios y operaciones, para cerciorarse de que se ajustan en cada caso a las disposiciones legales, así como a los estatutos, reglamentos y órdenes superiores, tanto en su fondo como en su forma.

"El Superintendente o sus agentes pueden, en consecuencia, examinar los libros, correspondencia y documentos de cualquier clase en que consten los negocios y operaciones o estén relacionados con ellos, practicar arqueos, inventarios físicos o inspecciones de cualquier clase de bienes, hacer verificaciones y confrontaciones de los datos, documentos y demás elementos de juicio, e interrogar de palabra o por escrito a los funcionarios o empleados y a los particulares en relación con los negocios y operaciones del establecimiento vigilado, pudiendo para ello hacer uso de las facultades que les confiere el inciso 3º del artículo 4º de la Ley 57 de 1931, sustitutivo del 39 de la Ley 45 de 1923, cuando sea necesario;

"b) Estudiar la organización del establecimiento y la manera de administrar sus bienes y negocios y de ejecutar sus funciones para verificar su eficiencia en la prestación de los servicios que le corresponden, la seguridad y previsión contra riesgos innecesarios y perjuicios evitables y la razonable economía de los gastos, debiendo formular sobre estos puntos a la junta directiva y al gerente las observaciones que crea necesarias dando cuenta de ellas al Gobierno".

Esa previsión, justificada para tiempos normales, se hace mucho más importante, conveniente y legal para épocas como la actual, acosada por los quebrantos de la tradicional seguridad del sistema financiero y se inscribe en la política general del sistema de economía de mercado en un estado intervencionista para el desarrollo dentro del concepto amparado por el artículo 32 de la Constitución.

La normal intervención de la Superintendencia Bancaria sobre las entidades sujetas a su control es ciertamente histórica, pero no es la única posible, pues, precisamente, la estabilidad del sistema y la finalidad del control indican que la Superintendencia puede y debe tomar las medidas necesarias para evitar en el futuro colapsos financieros. Es un control a prevención el que se requiere para ese efecto y, sin él, nada podría evitarse si la acción de verificación sólo pudiera ser posterior. Bien es cierto que esta es una de las preocupaciones del legislador, pero no la única como se desprende de los textos transcritos, cuya finalidad es permitir la prevención de hechos que puedan vulnerar el sistema a fin de tomar o indicar los convenientes correctivos.

Al mismo tiempo que se autoriza al Superintendente para tomar medidas de mayor o menor gravedad hasta desembocar en la toma de posesión de entidades sujetas a su vigilancia, ocurrencias que denuncian la inadecuación o falta de adopción de las medidas de control previstas, exista también, en favor del organismo de control, la autorización para que en cualquier tiempo se cerciore si las actividades y negocios financieros de sus vigilados se ajustan no sólo a la ley, sino a prácticas comerciales, bancarias y financieras, sanas, estables y seguras.

La ley autoriza a la Superintendencia Bancaria, en cualquier momento, para visitar a las entidades sujetas a su control a fin de verificar "la manera de dirigir y manejar sus negocios (art. 31, Ley 45 de 1923), la inversión de sus fondos, la seguridad y prudencia de su manejo".

Y la moderna concentración de ingresos y captaciones por parte del sistema financiero, supone, para la seriedad y éxito de su gestión, en la cual, en tratándose del sector financiero, tienen interés común la entidad financiera y el Estado, que puedan asegurarse a través de planes y proyecto.

El profesor de Administración de Empresa, Glem A. Welsch, en su libre "Presupuestos: Planificación y control de utilidades" editado por Editorial Prentice/hall Internacional y reeditado en Colombia por Carvajal S. A., enseña:

"Hoy, para un observador perceptivo es obvio el alto grado de eficiencia administrativa en muchas situaciones diversas. Las presiones competitivas, ya sea en empeños comerciales o no comerciales, imponen en la administración la necesidad de emplear, de una manera sofisticada, enfoque y técnicas administrativas que han sido desarrolladas y validadas como especialmente apropiadas para realizar el proceso administrativo con máxima eficacia a largo plazo. No es necesario buscar excesivamente en la literatura disponible —los programas de desarrollo administrativo actualmente en progreso o las memorias de conferencias dedicadas a la materia de la administración general— para observar que en años recientes el concepto general de la planificación y control de utilidades ha adquirido un papel único y pertinente. Para mantener el equilibrio con la competencia entre empresas con ánimo de lucro, la administración moderna ha encontrado que debe establecer su curso con anticipación y usar técnicas apropiadas para asegurar la coordinación y control de operaciones. Siguiendo un enfoque de planificación y control total de utilidades ha encontrado amplia aceptación en las compañías mejor administradas. Al observar compañías bien administradas, investigadores han encontrado generalmente que casi todas estas compañías utilizaron un programa total de planificación y control en forma continua".

Y agrega:

"... la planificación y control de utilidades descansa en la convicción de que una administración puede planear y controlar el futuro a largo plazo de la empresa mediante la toma de una serie continua de decisiones bien concebidas; el concepto conduce a la prosperidad planeada en contraposición al suceso fortuito ..." (op. cit., págs. 2 y ss.).

El éxito de la actividad empresarial se hace más posible a pesar de las variables del mercado, cuando la administración privada se propone metas y adopta los planes para lograrlo, así como las medidas de ejecución y de control de sus objetivos.

Tal medida de ayuda administrativa es, a juicio de la Sala, tanto más conveniente para las entidades del sector financiero, cuando que el manejo masivo de las economías de los particulares y del Estado y del circulante general de la Nación, puede por imprudencia y falta de previsión, causar colapsos que amenacen seriamente al sistema en su conjunto.

No se encuentra, entonces, en la exigencia de que las entidades bancarias y del sector financiero den a conocer en términos generales a la administración sus presupuestos o planes, una injerencia indebida de la Administración Pública de control, tanto más cuanto que la ley bancaria, en los diferentes artículos citados, contiene disposiciones que apuntan en ese sentido concreto, que la Sala no puede soslayar y que interpreta a la luz de la dinámica de los nuevos hechos sociales y económicos.

Sobre este tema J. F. Weston y E. F. Brigham expresan que:

"Un presupuesto no es otro que un plan financiero. El presupuesto de una familia detalla las fuentes de su ingreso y describe

cómo se gastará este último: Alimentos, vivienda, transporte, diversión, educación, ahorro, etcétera. Análogamente, el presupuesto federal indica las fuentes del ingreso y asigna fondos a la defensa, la asistencia social, la agricultura, la educación y otros renglones. También el presupuesto de la empresa es un plan que detalla cómo se gastarán los fondos en mano de obra, materias primas, bienes de capital y la manera en que se obtendrán los fondos para estos gastos. De igual modo que el presupuesto federal puede usarse como medio para asegurarse de que los diversos ministerios limiten sus gastos a cantidades especificadas, el presupuesto de la corporación sirve además para formular los planes de la empresa y ejercer control sobre los distintos departamentos.

"... ... ...

"Fundamentalmente, este proceso es un método para mejorar las operaciones; es un esfuerzo continuo para hacer que el trabajo se realice en la mejor forma posible. Sin embargo se lo ha considerado un instrumento para limitar los gastos. Sin embargo, es un instrumento para obtener el uso más producto y lucrativo de los recursos de la compañía. El presupuesto requiere un conjunto de normas de cumplimiento o metas que se pueden comparar a los resultados reales; este proceso se denomina control de los planes. Es un procedimiento de vigilancia, revisión y valoración continua del rendimiento respecto a normas establecidas con anterioridad.

"Establecer normas requiere una comprensión realista de las actividades que realiza la empresa. Las normas arbitrarias, fijadas sin una comprensión básica de los costos mínimos determinados por la naturaleza de las operaciones de la empresa dan resultados contraproducentes. Representan objetivo imposible o normas demasiado vagas" (Fundamentos de Administración Financiera, pág. 129).

No se trata naturalmente de que la administración de control sustituya a la empresa privada, sino de que pueda contar con los elementos básicos que le permitan una información sobre el curso de sus negocios, la política que piensa adelantar, las inversiones que piensa ejecutar, los controles que haya de utilizar, todo con la mira en la estabilidad y seguridad de los intereses generales del público y los particulares del sector financiero mismo, en cuyo beneficio debe obrar el control, para garantizar la supervivencia del sistema.

Lo que no podría la administración sería imponerle a la empresa privada determinados objetivos o finalidades en forma caprichosa u obligarla a cambiar sus planes. Estos, conocidos por la administración, permitían hacer las observaciones y advertencias conducentes a prever colapsos financieros. Y ese es su papel, en la óptica de la función de vigilancia y control. No de sustitución de la iniciativa privada, lo que supone otro mecanismo, al de la nacionalización, reversión o reconversión de las empresas.

El análisis de los informes que la Administración pudiera obtener de las entidades sujetas a su control tampoco podrá conllevar la facul-

tad de imponerles el detalle de sus planes. Puede sí solicitarles las informaciones generales que considere necesarias.

De ahí que una minuciosidad en la determinación de la forma como tales planes y presupuestos deban realizarse, va en contravía de la noción misma de inspección y vigilancia y entra en el campo vedado de intervención excesiva que ni la ley busca ni la Constitución autoriza, en la medida que tales precisiones de detalle impliquen restricción innecesaria y, eventualmente, indicación caprichosa de los planes en sus mínimos desarrollo.

La Circular Externa ET 014 de 1986 de la Superintendencia Bancaria, a juicio de la Sala, ha excedido en algunos de sus términos las capacidades, autorizaciones y fines de vigilancia que la ley le ha otorgado a esa Agencia Gubernamental al precisar en detalle qué debe contener el plan sustantivo, y el presupuesto maestro del ejercicio de actividades a que esa decisión se refiere, así como en lo referente a la documentación detallada de los puntos referentes a balance general presupuestado y presupuesto de efectivo.

La libertad de las entidades del sector se verían limitadas excesivamente al aceptarse la imposición de modelos de presupuestos, incluso bajo denominaciones que pueden ser revisadas, sin perjuicio de la finalidad de la intervención buscada.

Por ello, la exigencia de que el plan sustantivo se refiere al modelo conceptual, "surgido de una visión detallada y rigurosa del futuro de la empresa por parte de sus administradores, puesto que el proceso de presupuestación hace parte de la planeación como responsabilidad explícita de la Gerencia", constituye restricción a la iniciativa propia de la empresa que la Sala habrá de invalidar, pues considera suficiente elemento de información la presentación del plan sustantivo de modo que los elementos fundamentales de conocimiento e información buscados, se incluyan con libertad por las entidades del sector.

En fin, no puede exigirse a los revisores fiscales la certificación que prevé la circular sobre explicaciones de las desviaciones trimestrales, pues toda certificación versa por ley hechos cumplidos y no sobre esperanzas o proyectos.

También, a juicio del Consejo, la Circular se ha excedido al disponer que la desviación entre la presupuestación y la ejecución conlleva la obligación para la entidad financiera de presentar un nuevo presupuesto ajustado.

En esta hipótesis, la gravedad de la situación y las implicaciones del resultado del ejercicio, pueden dar lugar a otras medidas correctivas y de control de que está investida la Superintendencia, dentro del ejercicio tradicional de control y vigilancia que ha venido ejerciendo, pero nada le permite a ésta obligar a las empresas a adoptar las correcciones que las desviación entre objetivos y resultados detectada por la Administración le pareciera procedentes, pues ella no puede desplazar la autonomía de las empresas privadas. Lo previsto con los planes o presupuestos sólo tendrá un carácter informativo para efectos del control. Nada más, pero tampoco nada menos.

Las anteriores razones pueden resumirse diciendo que, por estar la actividad bancaria y la de las Corporaciones financieras relacionadas con un servicio público, respecto del cual la Constitución, la ley y los reglamentos autorizan la intervención del Estado, para preservar el funcionamiento del sistema, la Superintendencia tiene facultad para pedir informes que deben corresponder a mecanismos de buena administración de los dineros que aquellas se les confíen por el público, informes obtenibles con base en presupuestos.

Que la facultad de solicitar esos informes no permite, según la ley colombiana, a la Superintendencia Bancaria imponer condiciones de detalles tales que el modelo de desarrollo empresarial se vea anulado por los modelos oficialmente adoptados y que tampoco es lícito imponer a las empresas del sector modelos presupuestales con base en las desviaciones en la ejecución de los planes y con fundamento en el criterio unilateral de la administración.

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

Falla:

Declárase la nulidad de los siguientes apartes de la Circular ET 014 de 5 de febrero de 1986, proferida por la Superintendencia Bancaria:

1º Los numerales 1.1., 1.2., 1.3. y 1.4., correspondientes a los objetivos generales, metas específicas, estrategias y declaración de las premisas de planificación, del plan sustantivo.

Queda, pues, vigente, la obligación a cargo de los destinatarios de la Circular acusada, de remitir los presupuestos a que se refeire la Circular, con señalamiento genérico del plan sustantivo.

2º Los numerales 2.1., 2.1.1., 2.1.2., 2.1.3., 2.1.4., 2.1.5., 2.1.6., 2.1.7., 2.1.8. y 2.1.9., correspondientes a los presupuestos de captaciones, o producción, de colocaciones, de ingresos por intereses y comisiones o productos de seguros y reaseguros, de ingresos por inversiones, de otros ingresos, de gastos por intereses y comisiones o costas de seguros y reaseguros, de gastos administrativos, de gastos de personal y de otros gastos.

Queda, pues, vigente la obligación a cargo de los destinatarios de la Circular acusada, de remitir presupuestos maestros en forma genérica.

3º Los numerales 3.1., 3.2., y 3.3., correspondientes a estado de pérdidas o ganancias presupuestado, balance general presupuestado y presupuesto de efectivo.

Queda, pues, vigente la obligación a cargo de los destinatarios de la Circular acusada de remitir los presupuestos financieros, en forma genérica.

4º Son, así mismo nulas las siguientes proposiciones de la Circular acusada:

a) "...surgidas de una visión detallada y rigurosa del futuro de la empresa por parte de sus administradores, puesto que el proceso de presupuestación hace de la planeación una responsabilidad explícita de la Gerencia", del párrafo que comienza diciendo: "El plan sustantivo se refiere...";

b) "...pero en períodos trimestrales con corte en los meses de marzo, junio, septiembre y diceimbre, de tal manera que su ejecución se controle en esas fechas". Del párrafo que comienza diciendo: "Los presupuestos maestro y financiero...".

c) "...y si la desviación se repite en dos (2) trimestrales, el presupuesto tiene que ser reformulado y enviado a esta Superintendencia dentro de los treinta (30) días siguientes al cierre trimestral". Del párrafo que comienza: "Una vez obtenidos los informes de actuación...", y

d) "...y las explicaciones de las desviaciones trimestrales, es preciso que alleguen un ejemplar certificado por el Revisor Fiscal, el día 15 del mes posterior al corte; esto es, en abril, julio, octubre y enero". Esto del párrafo que comienza diciendo: "De los informes de actuación...".

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

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

Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Ausente.

Jorge A. Torrado, Secretario.

SERVICIO PUBLICO. REGIMEN.—

La calidad de servicio público no necesariamente está ligada a un régimen exclusivo de derecho público. EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA. Naturaleza. Actos que expide. Normas aplicables (Reiteración).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 145. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S. A. y Transportadora Grancolombiana Ltda.

Decide la Sala el recurso de súplica interpuesto contra el auto de Sala Unitaria, fechado el 27 de febrero de 1987, mediante el cual se declaró nula, por falta de jurisdicción, toda la actuación surtida en este proceso y se ordenó el archivo de las diligencias.

Antecedentes:

En libelo presentado el 3 de febrero de 1984, solicitaron las sociedades Flota Mercante Grancolombiana y Transportadora Grancolombiana Limitada que previos los trámites legales se declare: a) "Que son nulas las Resoluciones (Cartas de Navegación) números 298/82, 257/82 y 854/83, emanadas de la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos), proferidas por el Gerente del Terminal Marítimo de Buenaventura, por medio de las cuales se resolvieron desfavorablemente unas reclamaciones presentadas por el Agente Marítimo de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. en la ciudad de Buenaventura por errada facturación y cobro indebido de servicios prestados a naves de propiedad de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y operados, manejados, controlados o tomados en arrendamiento por ella y agenciados por la sociedad Transportadora Grancolombiana Limitada y a la larga por ellas transportada"; b) Que son nulas las Resolución números 530/82, 464/82 y 212/83 proferidas por el Gerente del Terminal Marítimo de Buenaventura y 27035, 27036 y 27038 de 1983 proferidas por el Gerente General de Colpuertos, por las cuales se confirmaron las anteriores.

Agotados los trámites propios del proceso ordinario, pasaron los autos a Despacho para efectos de la sentencia que decidiera la instancia.

El señor Consejero ponente, dando aplicación a la jurisprudencia sentada por esta Sección a partir del auto de 14 de marzo de 1986 (expediente Nº 33), en el sentido de que los actos de las características de los que son materia de este proceso, emanados de Colpuertos, tienen una naturaleza eminentemente privada, de índole mercantil, sujetos por ende a la jurisdicción ordinaria, dictó su auto de 26 de febrero del año en curso declaratorio de la nulidad de la actuación.

No conforme la parte actora con el anterior pronunciamiento, interpuso como ya se anotó, el recurso de súplica, que sustenta en los apartes que se transcribe:

"Considero que la prestación de servicio a las naves y a la carga por ellas transportada ha constituido y constituye hoy en los 'muelles o puertos privados' *un monopolio de Colpuertos* (Empresas del Estado) y que por tratarse de un *servicio público* los actos que profiere, a partir de aquél que niega una reclamación por parte de los usuarios son *actos administrativos*.

"En efecto: Si por un lado al tenor del artículo 18 del Decreto 3137 de 1980. 'La fijación de las tarifas por los servicios del puerto de operación privada está sujeta al control del Gobierno Nacional' y corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Transporte 'aprobar el reglamento de tarifas así como el monto o cuantía de las mismas', por otro lado el Decreto 550 de 1981 expedido por el Gobierno y originario del Ministerio de Obras Públicas y de Transporte aprueba el Estatuto Tarifario fijado por la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia; y después de definir que se entiende por muelle privado (art. 81, similar al art. 1º del Decreto 3137 de 1980), establece y fija los servicios y las tarifas para este tipo de muelles, servicios que sólo puede prestar y cobrar Colpuertos según los artículos 51 y 52 de la Resolución 270 de 1981 expedida por el Gerente de Puertos de Colombia en concordancia con el artículo 18 del Decreto 3137 de 1980.

"Lo anterior significa que solamente Colpuertos puede prestar servicios a las naves y a la carga; que solamente Colpuertos puede fijar las tarifas para cualquier clase de muelles o puertos, tarifas que necesitan la aprobación del Gobierno, Ministerio de Obras Públicas y Transporte; y que solamente Colpuertos es la entidad que puede cobrar por los servicios de acuerdo con las tarifas fijadas. No existe ninguna disposición que permita a los 'propietarios de muelles privados' fijar tarifas. Algo más: El artículo 16 del Decreto 3137 de 1980 estatuye que 'el funcionamiento de los servicios del puerto de operación privada se sujetará a las regulaciones que expida la Empresa Puertos de Colombia según lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto extraordinario 1174 de 1980' ".

Las disposiciones legales que regulan la explotación y prestación de servicios de puertos y muelles, deben estudiarse en su conjunto para que armonicen; de lo contrario se puede llegar a conclusiones contradictorias o erradas.

"Según nuestro régimen legal no existe una actividad portuaria de derecho privado como se afirma en el auto recurrido (fl. 461) por cuanto los servicios a las naves y a la carga sólo pueden ser prestados por Colpuertos y esta empresa es la única autorizada para prestarlos

y cobrarlos según lo prescribe el artículo 52 de la Resolución 270 de 1980. Además, la fijación de tarifas por servicios (art. 18 del Decreto 3137 de 1980) la hace el Gobierno para todo tipo de puertos y muelles, desde mucho tiempo atrás y hoy por el Decreto 550 de 1981. Las normas son aplicables a los muelles de Colpuertos y a los denominados 'muelles privados' como se desprende de los artículos 82 y siguientes del citado Decreto 550 de concordancia con el artículo 1º *ibídem*.

"No debe olvidarse que la carga movilizada 'muelles privados' es de propiedad del dueño del muelle y debe corresponder 'al giro ordinario de su actividad industrial' y Colpuertos cobra una tarifa especial (art. 86 del Decreto 550 de 1981). No está autorizada para estos muelles la movilización de carga con destino a importadores en general, la cual debe llegar a los muelles de Colpuertos".

Surtida la tramitación del recurso propuesto, procede la Sala a decidirlo, previas las siguientes

Consideraciones:

Como se deduce de la anterior transcripción, son tres los argumentos centrales expuestos por el recurrente para impugnar la tesis propugnada en la providencia materia de la súplica: a) La prestación del servicio a las naves y a la carga en los muelles o puertos privados, constituye un monopolio de Colpuertos; b) La anterior actividad constituye un típico servicio público; c) Por ende, los actos proferidos por la citada empresa tienen el carácter de administrativos, que por lo mismo deben estar sujetos al control contencioso administrativo.

Sea lo primero advertir que la calidad de servicio público no necesariamente está ligada a un régimen exclusivo de derecho público. Basta recordar actividades como la bancaria y la del transporte, calificadas en nuestro régimen jurídico como de servicio público y no obstante ello sometidas al control de la justicia ordinaria, como actividades que son de derecho comercial y por ende netamente privadas. Están además las actividades de servicio público industrial y comercial, prestadas por las empresas industriales y comerciales del Estado y por las sociedades de economía mixta, en las cuales predomina un régimen de derecho privado.

El carácter de empresa comercial del Estado, atribuido por el artículo 1º del Decreto-ley 1174 de 1980 a la Empresa Puertos de Colombia, fue precisamente tomado en consideración en el auto recurrido. Reitera la Sala en esta oportunidad que es en efecto el nuevo carácter, que por disposición legal, ha asumido Colpuerto, lo que evidencia la voluntad de la ley de sustraer los actos de tal entidad del ámbito del derecho administrativo, para someterlos en cambio a las normas del derecho privado, según lo estatuye el artículo 6º del Decreto-ley 1050 de 1968, al definir las empresas industriales y comerciales del Estado como "organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrail o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley...", principio éste reiterado en el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968.

No está por demás traer a colocación, como argumento que refuerza la doctrina que ha venido sosteniendo la Sala a partir de la citada providencia del 14 de marzo de 1986, el contenido del artículo 24 del Decreto-ley 1174 de 1980, que dispone: "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 del orden nacional".

Lo que el recurrente denomina "un monopolio de Colpuertos" y que se traduciría en que "solamente Colpuertos puede fijar las tarifas para cualquier clase de muelles o puertos" y que "solamente Colpuertos puede prestar servicios a las naves y a la carga", no constituye un argumento concluyente en pro de la tesis de que dicha empresa produce actos de índole administrativa. Significa únicamente que dada la calidad de servicio público que tienen las actividades relacionadas con el transporte y concretamente del transporte marítimo, el Estado interviene aquí en forma directa, a través de un régimen jurídico especial, no necesariamente de naturaleza pública, como antes se puntualizó.

Son suficientes las precedentes consideraciones para concluir que la Sala no ha de modificar su actual jurisprudencia de no conocimiento de los actos originarios de la Empresa Puertos de Colombia, por lo cual habrá de confirmarse el auto suplicado.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

Resuelve:

Confírmase en todas sus partes el auto de 27 de febrero de 1987 dictado en Sala Unitaria, por el cual se declaró nula toda la actuación surtida en este proceso.

Cópiese, notifíquese y vuélvase a la oficina de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala de Decisión en reunión celebrada el día 8 de mayo de 1987.

Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

INTERMEDIARIOS FINANCIEROS.—

No perteneciendo el Decreto autónomo 3604 de 1981, artículo 7º, a un mismo conjunto reguladòr de restricciones a posibles privilegios, mal puede considerarse derogado por el Decreto autónomo 3243 de 1982 que se refiere a regulaciones tutelares de otros procesos (Concentración y riesgo), el cual por lo mismo se podía derogar el artículo 24 del Decreto 664 de 1979, que hace parte de regulaciones sobre estos aspectos, NORMAS.

LIMITACIONES A LA APLICABILIDAD DE SU DISPOSICION. LEY. EXPEDICION EN SENTIDO PROGRESIVO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., quince de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1078. Actor: Mario Alberto Rubio Caicedo. Acción de nulidad y suspensión provisional parcial de la Circular externa número OJ 094 de diciembre 16 de 1985 proferida por la Superintendencia Bancaria. Fallo.

Se desata la litis promovida por el doctor Mario Alberto Rubio Caicedo, quien en ejercicio de la acción de nulidad solicita la invalidación de la Circular externa número OJ 094 de diciembre 16 de 1985, proferida por la Superintendencia Bancaria.

No se observa causal de nulidad que invalide la actuación jurisdiccional y por ello es del caso resolver, toda vez que la demanda satisfizo oportunamente los requisitos de forma y no existe motivo para proferir fallo inhibitorio.

El tema de decisión:

La demanda intenta la nulidad de la circular referida, en cuanto dispuso que recordaba a los Presidentes y Gerentes Generales de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria que en materia de cupos individuales de crédito, continuaban vigentes las disposiciones de los Decretos autónomos 3604 de 1981, 990 de 1983, 2733 de 1984 y 1595 de 1985, entre otros.

La base de la acción consiste, básicamente en que la circular da por vigente, particularmente, el artículo 7º del Decreto 3604 de 1981, el cual el actor estima derogado, por cuanto el Decreto 3243 de 1982 reguló íntegramente la materia.

Por lo dicho, se afirma que la Circular violó el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

También consideró el actor que al dar por vigente el mentado artículo 7º del Decreto 3604 de 1981, la Circular demandada infringía los artículos 1º y 2º del Decreto 990 de 1983, por que en virtud de la vigencia que ella establece del artículo 7º del Decreto 3604 de 1981, se introduce una excepción que aquellos no preveían.

En el capítulo referente a lo que se demanda el actor solicitó la nulidad parcial de la Circular "tan sólo en cuanto en ella se obliga al cumplimiento de lo que disponía el artículo 7º del Decreto autónomo 3604 de 1981".

Invocó como disposiciones violadas el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, según el cual "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*".

El actor halla que las disposiciones de los artículos 1º y 2º del Decreto 990 de 1983 fueron igualmente violados por la Circular al darle vigencia al artículo 7º del Decreto 3604 de 1981.

Las normas del primeramente citado Decreto prevén:

"Artículo 1º. Sin perjuicio de la excepción consagrada en el artículo segundo del Decreto 3663 de 1982, ninguna institución financiera sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y que en forma masiva y habitual, maneje, aproveche o invierta fondos captados del público, podrá prestar más del diez por ciento (10%) de su capital pagado y reservas patrimoniales, directa o indirectamente, a persona alguna natural o jurídica. Sin embargo, cuando el exceso de las obligaciones del deudor para con la institución estuviera amparado con garantías reales, los préstamos podrán hacerse hasta por un veinticinco por ciento (25%) de los citados capital pagado y reservas patrimoniales, siempre que los bienes afectados a las garantías reales, tengan un valor comercial superior, al menos en un veinte por ciento (20%), al total de lo que ellos garantizan.

"Artículo 2º Los cupos individuales de endeudamiento señalados en el artículo primero del presente Decreto podrán llegar, respectivamente, hasta el veinticinco por ciento (25%) y hasta el cuarenta por ciento (40%) del capital y reservas patrimoniales de una misma institución financiera, para cada una de las hipótesis allí contempladas, en los siguientes:

"a) Cuando se trate de créditos destinados a empresas industriales y comerciales del Estado o a sociedades de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial, cualquiera que sea su nivel u orden territorial;

"b) Cuando se trate de créditos que se requieren para financiar actividades, operaciones o proyectos señalados, en forma general, como de interés para el desarrollo económico o social del país por el Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES—".

El actor relata que el régimen de restricción a los préstamos que podían conceder las entidades intermediarias financieras prevía inicialmente no podía concederse préstamos a ninguna persona en cuantía superior al 10% de su capital pagado y reservas, salvo en caso de otorgarse garantía real, pues en esa hipótesis el monto podía subir al 25%.

El Decreto 3604 introdujo modificación en la materia, al establecer que los préstamos otorgables a los accionistas de los bancos comerciales, corporaciones financieras y de ahorro y vivienda, que poseyeran acciones en ellos en cuantía superior al 10% de su capital suscrito, y de la reserva legal, independientemente de las garantías otorgadas para cancelar el préstamo.

Así lo infiere de las siguientes disposiciones:

Decreto 1691 de 1960; 678 de 1972, 1970 de 1979, 2461 de 1980 y 3604 de 1981, artículo 7º.

Posteriormente se dictó el Decreto 3243 de 1982, que según el actor reguló íntegramente la materia, y de lo cual infiere la ilegalidad del texto de la Circular en cuanto se refiere a la vigencia que ésta le acuerda al artículo 7º del Decreto 3604 de 1981.

El texto pertinente del Decreto 3243 de 1982, prevé:

"Artículo 1º Ninguna institución financiera sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y que en forma masiva y habitual, maneje, aproveche o invierta fondos captados del público, podrá prestar más del 7% de su capital pagado y reservas patrimoniales directa o indirectamente, a persona natural o jurídica. Sin embargo, cuando la totalidad de las obligaciones del deudor para con la institución estuvieren amparadas con garantías reales, los préstamos podrán hacerse hasta por un 15% de los citados capital pagado y reservas patrimoniales, siempre que los bienes afectados a las garantías tengan un valor comercial superior al total de las deudas al menos en un 20%.

"Para establecer el monto total de las obligaciones, se observarán las siguientes reglas:

"1ª Tratándose de personas naturales, se sumarán las siguientes deudas para con la misma:

"a) Las del deudor;

"b) Las del cónyuge y los parientes del deudor del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil;

"c) Las de las sociedades colectivas, en comandita, anónima de familia y de responsabilidad limitada, de las cuales el deudor fuere socio en proporción de un 10% o más de capital.

"2ª Tratándose de sociedades colectivas, en comandita, anónimas, de familia y de responsabilidad limitada, se sumarán las siguientes deudas para con la misma institución:

"a) Las de la entidad deudora;

"b) Las individuales de los socios;

"c) Las de las matrices y subordinadas;

"d) Las de cualquier sociedad de la cual la entidad deudora fuere social en más de un 10% del capital.

"*Parágrafo 1º* Se considerarán deudas u obligaciones, para efectos de este artículo, todas las operaciones activas de crédito, realizadas entre la institución financiera y las personas naturales y jurídicas mencionadas, así como las garantías y avales que la institución otorgare.

"*Parágrafo 2º* Se entiende que se ha otorgado crédito en forma directa cuando la respectiva operación ha tenido por beneficiario verdadero y definitivo a la persona con quien fue acordada.

"Así mismo, se considera que hay otorgamiento indirecto de crédito cuando se concede por interpuesta persona a quien verdaderamente lo emplea, así como también cuando, en virtud de un pacto, quien definitivamente hace uso de la disponibilidad facilitada o aprovecha la garantía constituida, no es quien aparece externamente como beneficiario de la operación.

"Artículo 2º La violación de lo dispuesto en el artículo anterior dará lugar, por cada infracción, a la imposición de una multa equivalente al doble del exceso sobre el límite fijado. La sanción será impuesta mediante resolución motivada por el Superintendente Bancario, previa verificación de los hechos, a favor del Tesoro Nacional.

"La pena se aumentará en un 20% cada vez que la institución sancionada incurre en reincidencia.

"Artículo 3º Se exceptúan de la prohibición señalada en el artículo 1º las operaciones de crédito de fondo realizadas, a mediano y largo plazo, con recursos internos o externos, las cuales continuarán sometidas a las limitaciones legales y reglamentarias que actualmente las rigen.

"Artículo 4º Así mismo, se consideran como excepciones a lo estatuido por este Decreto, los créditos que se tramiten para el financiamiento de proyectos calificados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social como de interés para el desarrollo económico y social del país.

"Artículo 5º Las instituciones financieras aquí previstas dispondrán de un plazo de dos años, contados a partir de la vigencia de este Decreto, para ajustar cartera a los límites que impone la prohibición establecida en el artículo 1º.

"Artículo 6º Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las normas que le sean contrarias".

El actor afirma que el Decreto antes transcrito reguló íntegramente la materia de cupos de créditos y que, por tanto, derogó el artículo 7º del ameritado 3604 de 1981, pues lo considera como estatuto orgánico de la materia, y por cuanto incluye a todos los establecimientos vigilados por la Superintendencia Bancaria que capten en forma masiva ahorros del público, y se infiere, en fin, a todas las operaciones

activas que ellos celebren, y a todos los prestatarios, sin distinguirlos por razón de su calidad o condición frente al intermediario.

Como estima vigente en la materia el Decreto 990 de 1983, al que califica de estatuto actualmente vigente en la materia, estima ilegal la Circular que da fuerza y vigor al artículo 7º del Decreto 3604 de 1981, por cuanto éste introduce una restricción o excepción no consagrada en reforma posterior reguladora *in integrum* del asunto.

La demanda se detiene en forma exhaustiva en el análisis y clasificación de las materias de que trata el Decreto 3604 de 1981, para concluir que "en materia de cupos individuales de crédito sólo dos artículos trae pues el Decreto: El 7º que está derogado tácitamente, según se ha visto, y el 11, ordinal a((sic) que permanece vigente (salvo, claro, para las entidades financieras del Estado y los Fondos mutuos de inversión)". (fl. 23 del expediente).

El actor analiza por grupos los aspectos de la actividad de los intermediarios financieros que masiva o profesionalmente manejan fondos provenientes del ahorro privado.

Destaca cómo la ley precisa las operaciones activas de crédito que aquellos pueden realizar, en función de su naturaleza propia, de la clase de operaciones, cuáles les han sido vedadas en consideración a la finalidad particular o específica del contrato, o restringiendo, por pasiva, las clases de personas con quienes pueden celebrar operaciones de crédito.

Igualmente, señala que la ley regula otros varios aspectos de la cuestión como el plazo por el cual pueden concederse los créditos del sistema, los intereses devengables, las garantías permitidas y las prohibidas, las cuantías de desembolso y período de los mismos, correspondiente a los créditos concedidos.

Se detiene el demandante en el análisis de las medidas restrictivas en materia de crédito de las compañías de financiamiento comercial en función de las cuantías, tema que, en general, interesa al debate que él plantea, para luego analizar el aspecto más específico que le interesa demostrar.

En cuanto a los aspectos generales de las restricciones legales de los créditos concedibles en función de la cuantía, advierte que existen en este particular disposiciones de tipo genérico que se refieren a todas las operaciones de uno o de varios de los tipos de intermediarios financieros y, otras, menos amplias, que constituyen limitaciones a la posibilidad de conceder créditos, según el destino del mismo, o del sujeto pasivo de la relación crediticia que se quiere establecer.

En el grupo de las limitaciones propiamente específicas a la capacidad de conceder préstamos y de recibirlos, señala como ejemplo, el límite previsto en el sentido de que los préstamos destinados a construcciones de vivienda sólo puede llegar hasta el 100% del costo de las unidades proyectadas, el cual, a su vez, no puede superar el 5% del capital pagado, reservas patrimoniales y pasivos para con el público que tenga la entidad prestamista. Sobre este particular precisa que estos límites se aplican "sin perjuicio de aquellos topes generales o

especiales, esto es, que no son absolutos como dichos límites, sino relativos a su nivel" (fl. 25 del expediente).

Enumera seguidamente otra serie de normas restrictivas de la posibilidad de préstamos, no ya en función de la cuantía o factores económicos sino en la calidad o condición de quienes aspiran a obtenerlos, para destacar las que se refieren a las directivas y funcionarios de las corporaciones. También indica que existen limitaciones relacionadas con la naturaleza del préstamo, por ejemplo, las relacionadas con posibilidad de descontar bonos de prenda, factible sólo hasta el 10% de las captaciones, o las establecidas en función del equivalente en Unidades de Poder Adquisitivo Constante, etc.

Se detiene en el análisis de las restricciones y normas que regulan las operaciones activas de los intermediarios financieros en cuanto a sus límites individuales absolutos, no sin advertir:

> "Debe observarse que entre las tres especies de normas sobre 'límites cuantitativos' de los préstamos existe una perfecta armonía, puesto que dentro del valor total (máximo o mínimo) que una entidad puede destinar a ciertas operaciones activas, cada una de ellas, considerada en particular, debe ajustarse al límite individual absoluto que para ellas (por vía general o excepti va) ha previsto la ley, y al ulterior, pero relativo a su nivel, que eventualmente le haya señalado".

Para defender sus razonamientos y las pretensiones de la demanda, el actor sostiene que las normas relativas a la restricción de la cuantía individual absoluta de los préstamos se orienta a preservar la liquidez y solidez económica de las entidades financieras, reduciendo el riesgo propio de sus operaciones, y para ello, impidiendo la concentración del universo deudor, lo que, simultáneamente, implica una mayor irrigación cuantitativa en el universo de los beneficiarios del sistema, con lo cual, de contera, se realiza una de los cometidos del Estado, la mejor distribución de los ingresos. Para lograr el segundo fin, basta, según el actor, introducir reducciones en materia de personas beneficiables con los créditos y en la cuantía o monto de que ellas puedan aprovecharse.

Considera que las normas reguladoras de esas materias serán de carácter general en su campo, "puesto que estarán referidas a todos los préstamos que otorguen las entidades del sector, cualquiera sea la condición del prestatario o el destino concreto del préstamo (aunque su grado de generalidad dependa de que cobijen a uno o varios de los sujetos activos de la relación".

Empero, si lo anterior es válido en el plazo de las conceptualizaciones formales, existen otras razones que permiten establecer excepciones más particulares al sistema y señala algunos ejemplos que considera demostrativos de sus asertos llegándose incluso, a considerar que las excepciones especialísimas cobran tal importancia que de tales se tornen en la regla del sistema.

Destaca como, para preservar el principio filosófico del sistema fundado en la idea de que él debe servir a los intereses sociales, la ley puede restringir la capacidad de adquirir préstamos de la compañías

intermediarias, sustrayéndola del régimen general de los terceros y demás prestatarios.

En su extenso estudio, el actor ha hecho un esbozo histórico de la legislación en la materia, que él encuadra en el espacio temporal de 1923 al 14 de noviembre de 1982, y que la Sala, considera prudente reseñar a fin de mantenerse fiel a las razones y aspiraciones del distinguido demandante.

Inicialmente las normas legales previeron que los establecimientos bancarios y de crédito no podrían conceder préstamos a ninguna persona por encima del 10% del capital pagado y reservas, salvo otorgamiento de garantías reales en cuyo evento se previó régimen particular; para calcular ese monto se tenían en línea de cuenta no sólo los otorgados propiamente al interesado sino también los concedidos a las sociedades en que aquél fuera socio. En este sistema no se tenía como criterio de restricción el monto de la participación social del prestatario en la entidad crediticia.

Igualmente se hallaban prohibidos los préstamos indirectos, por interpuesta persona o testaferro.

Las regulaciones generales anteriores fueron consagradas en la Ley 45 de 1923 y el Decreto 329 de 1938.

Con el desarrollo del sistema financiero del país, se fueron implementando disposiciones relacionadas con la aparición de entidades con fisonomía jurídica y económica más definida, como las corporaciones financieras, para las cuales el Decreto 605 de 1958 extendió las normas del sistema bancario tradicional, para excluir de las restricciones la base del cálculo a las reservas distintas de la legal, disposiciones que fueron reproducidas por el Decreto 2369 de 1960, con algunas previsiones menos restrictivas en cuanto a la relación entre el monto del exceso sobre el 10% y el valor de las garantías reales.

Al régimen general anteriormente descrito, consistente básicamente en la existencia de un límite cuantitativo a los préstamos en consideración a un porcentaje sobre el rubro de los pasivos de las entidades prestamistas y la agrupación teórica en su cabeza de algunas obligaciones a cargo de terceros relacionados con aquellos, en una u otra forma, precisada en la ley, se fueron introduciendo excepciones, entre las cuales, las más notables, fueron las siguientes:

Para las corporaciones de ahorro y vivienda, se previó un límite en préstamos para construcciones que sería del 5% del total de su capital pagado y reservas, saneados y de sus obligaciones para con el público (art. 9º, Decreto 1269 de 1972, sustituido luego por el 14 del Decreto 664 de 1979, en cuanto a acumulación de crédito.

El límite concedible a los accionistas de corporaciones financieras que poseyeran más del 2% del capital pagado de las mismas no podía superar el valor pagado de sus acciones, limitaciones enmarcadas dentro del principio general consagrado en el numeral 1º del artículo 5º del Decreto 2461 de 1980 y Decreto 3277 de 1980, normas que rigieron hasta la expedición del Decreto 3604 de 1981.

Posteriormente se dispuso que los accionistas de las entidades financieras que poseyeran más del 10% del capital suscrito no podrían ser beneficiarios de créditos que excedieran en ningún caso el 10% del capital suscrito y reserva legal de la entidad, independientemente de la garantía ofrecida, y al valor de sus créditos, para efecto de hacer práctica la prohibición debían sumarse los otorgados a sus cónyuges y parientes dentro de los grados legales y a las personas jurídicas señaladas en la ley (art. 2994 de 1981, en armonía con 2461 de 1980).

Durante esta época, destaca el demandante, coexistieron normas aplicables a los socios de corporaciones financieras, de una parte y, de otra, las aplicables a los accionistas de banco, corporaciones de ahorro y vivienda y compañías de financiamiento comercial.

Luego, el Decreto 3604 de 1981 derogó las normas del Decreto 2994 de 1981 y, tácitamente también, las disposiciones correspondientes de los Decretos 2462 y 3277 de 1980, y estableció un régimen general común para los accionistas, con excepción de aquellos que intervenían en el manejo de los ahorros del público.

El artículo 7º del Decreto 3604 de 1981 estableció limitación en materia de cuantía de préstamos a accionistas de bancos comerciales, corporación de ahorro y vivienda y de financiamiento comercial, cuando quiera que aquellos poseyeran más del 10% del capital suscrito, el cual iba hasta el 10% del mismo más la reserva legal, independientemente del tipo de garantías ofrecidas.

Recuerda el actor que el artículo 2º del Decreto 3604 de 1981 fue declarado nulo por esta Corporación en sentencia de esta Sección de 19 de mayo de 1983.

En el análisis de las normas vigentes del 15 de noviembre de 1982 al 20 de diciembre de ese año, el demandante destaca que el Decreto 3243 estableció un régimen no sólo general, sino integral u orgánico de la materia de que se trata en este proceso, y lo estudia en detalle, para destacar:

El Decreto citado reguló la materia en forma general e igual, en función de su destino o el sujeto pasivo de las relaciones crediticias del sistema financiero, con tratamiento semejante en cuanto relaciones porcentuales y sanciones por transgresión a sus mandatos.

En cuanto al ámbito o universo por activa, las disposiciones del citado texto se aplicaban a todas las instituciones financieras sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, que manejara en forma masiva y habitual fondos captados del público y en cuanto a pasiva a todos los beneficiarios del sistema, sin considerar a su personal condición.

El Decreto tiene como pivote las relaciones de capital pagado y reservas de los entes, con la previsión que el límite máximo de préstamo acordable era el 7% de esas bases, o el 15% en caso de que la totalidad de la obligación estuviera caucionada con garantía real de valor comercial superior al menos en 20% al monto de lo debido.

En cuanto a acumulación teórica en cabeza del deudor, el Decreto previó las de su cónyuge y parientes en los grados fijados en el nume-

ral b) del artículo 1º, y las de las sociedades colectivas, en comandita, anónima de familia y de responsabilidad limitada, en que el deudor fuere socio en proporción del 10% o más del capital, etc.; el artículo 2º previó sanción de multa a las transgresiones que se cometieran del régimen establecido.

El actor pone de presente que el sistema de sanciones se unificó en este Decreto, en oposición a las varias clases de sanciones previstas en el régimen precedente y llama la atención sobre el hecho de que el Decreto que comenta otorgó un plazo a sus destinatarios para poner en práctica sus previsiones.

El mismo Decreto, señala el libelista, consagró sólo dos excepciones a sus reglas generales, relacionadas con las operaciones de crédito que continuarían sometidas a las limitaciones legales y reglamentarias que regirían y, en lo concerniente a los créditos destinados al financiamiento de proyecto calificados por el CONPES de interés para el desarrollo económico y social del país.

De lo que largamente expone en detalle el demandante, infiere que el régimen de excepciones anteriores en esta materia fue derogado tácitamente, cualquiera que fuese su carácter: "General o especial. Al igual que las normas generales de la Ley 45 de 1923 y de los Decretos 1961 de 1960, 1970 de 1979 y 2461 de 1980, perdieron también su vigencia las especiales que a este régimen introducían excepciones, a saber, las contenidas en los artículos 7º del Decreto 3604 de 1981, sobre limitaciones cuantitativas a los préstamos a los accionistas, y 14 del Decreto 664 de 1979 sobre las limitaciones a los préstamos a constructores" (fl. 40).

El actor no se priva de emitir su consideración respecto de la falta de adecuación de las normas consagradas en el Decreto con relación al tipo de política que en el área de la construcción de vivienda se proponía adelantar el Ejecutivo, por lo cual este aspecto fue luego prontamente modificado.

Se hace luego en la demanda la historia posterior a la derogatoria del Decreto 3243 de 1982, introducida por el 3663 de 1982, para destacar que este último restableció las dos excepciones de la legislación anterior relacionadas con las disposiciones del artículo 7º del Decreto 3604 de 1981, sobre limitaciones cuantitativas de préstamos a los accionistas y del artículo 14 del Decreto 664 de 1979, sobre las limitaciones a los préstamos a constructores, excepciones que, como ya está visto, el actor estimó derogadas tácitamente por el Decreto 3243 de 1982.

Culmina su relación de evolución normativa en esta materia con la indicación de que el Decreto 990 de 1983 modificó la cuantía individual de los préstamos, regresando al sistema de la Ley 45 de 1923, para precisar seguidamente que, "obviamente el Decreto 990 es general e integral respecto de la materia y de su interés, las limitaciones cuantitativas de los préstamos, y, siéndolo, derogó en lo pertinente el régimen general y exceptivo anterior. Por ello, a partir de su vigencia, las únicas excepciones a las reglas generales son las que él expresamente consagra" (créditos de corporaciones de ahorro y vivienda, y los destinados a empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta).

El actor agrega que, "aunque el Decreto es integral en cuanto a lo substancial de la materia regulada, no lo es en relación con los asuntos conexos. De esta suerte permanece vigente el artículo 3º del Decreto 3663 sobre reglas de acumulación y definiciones de algunos términos y, en un principio, hasta la expedición del Decreto 2733 de 1984, el artículo 4º, sobre sanciones. Expedido el Decreto 2733 dejó de regir dicho artículo 4º, porque este estatuto sancionó de diversa manera 'la violación de lo dispuesto en los artículos anteriores, y en general en toda norma relativa a cupos individuales de crédito'" (art. 4º). Para los funcionarios o directivos de las entidades incursas en violaciones permanece vigente el artículo 23 del Decreto 2920 de 1982, según se anotó antes.

Concluye su exposición el demandante afirmando que el artículo 7º del Decreto 3663 fue tácitamente derogado por el artículo 1º del Decreto 990 de 1983.

Exposición de las razones de impugnación:

La demanda se ocupa en larga exposición de la cuestión referente a la vigencia de la ley en el tiempo, para ubicarla en dos puntos, inicial y final: La promulgación y la derogación, con los efectos conocidos en la doctrina.

Ocupándose sólo de la derogación de las normas jurídicas, evoca el contenido del artículo 2º de la Ley 153 de 1887, y las disposiciones del artículo 71 del Código Civil, según el cual la derogación puede ser expresa si así se enuncia *expressis verbis* en la norma posterior, o tácita, si la nueva norma contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las precedentes, en cuyo evento las disposiciones que no pueden conciliarse con las precedentes, en cuyo evento las disposiciones anteriores que puedan conciliarse con las posteriores continúan vigentes (art. 72 *ibídem*). Le permite concluir que para que opere la derogatoria tácita es menester que las normas en cuestión sean incompatibles, para lo cual deben tener el mismo alcance o especialidad, y por ello si la nueva ley es más general que la anterior, o regula íntegramente la materia, sin referencia específica al asunto en la forma descrita en la precedente, podría no darse el fenómeno de derogación.

Tal conclusión le parece absurda, pues se estimaría subsistente una disposición especial por no resultar incompatible su contenido con el de otras posterior que regulara orgánicamente la materia, de donde la nueva ley no sería orgánica, ergo, una ley para ser orgánica debería siempre derogar expresa y específicamente todas las disposiciones anteriores, o contener tantas normas especiales cuantas anteriores existieren, conclusión que califica de absurda.

Estima resuelta la contradicción resultante de lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 72 con lo prevenido en el 3º de la ley 153 de 1887, el cual dispone que la derogación tácita opera no sólo por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, sino también por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

Insiste el demandante en su argumento según el cual sólo una disposición especial posterior podría derogar otra anterior, supuesta

la existencia de normatividad orgánica subsiguiente. Lo que, en término sencillo, equivale a decir que una norma especial puede ser derogada por otra no especial posterior, a condición que la posterior regule íntegramente la materia.

Y ello, incluso si ninguno de los preceptos del sistema orgánico toca el punto especial procedentemente regulado en forma expresa, o, sostiene el actor, aún si las disposiciones del nuevo sistema orgánico resultaren incompatibles con las normas antecedentes y especiales.

O sea, continúa, la ley orgánica abrogando todas las anteriores especiales.

Imagina el demandante la hipótesis de que el criterio de permanencia de la ley especial sería válido frente a reglamento posterior que regulara otros aspectos de la materia normada por disposición especial (norma general), ya que quedaría a salvo, ora por decirse así expresamente ora, por deducirse de su contenido que la reglamentación no es integral; aunque advierte que tal conclusión no se respalda en el carácter de especialidad de la norma, sino en el propio mandato de la ley o la falta de expedición posterior de otra especial que la contradijese.

En cuanto al obstáculo que a sus argumentaciones pudiera levantar la preceptiva del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, según el cual la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, pone de presente a esta Corporación que ese texto es aplicable para resolver cuestiones relacionadas con la aplicación del articulado de los Códigos de la Nación, y no para conjuntos normativos dispersos en regulaciones legales o reglamentarias diferentes de esos conjuntos supuestamente orgánicos y, de ahí, armónicos, en principio.

Concretándose ya al tema del debate en cuanto al objeto de la regulación legal cuya controversia ha planteado, afirma que "la norma que permite a las corporaciones de ahorro y vivienda conceder a los constructores préstamos hasta por el 5% de algunos de sus pasivos, es general para todos esos préstamos, pero especial respecto de los que pueden recibir los terceros de las demás entidades financieras. A este diferente alcance relativo se refiere la disposición citada de la Ley 57 de 1987. La norma especial vale al frente a la que tenga carácter general respecto de ella (aún siendo posterior), porque el sólo (sic) hecho de tener ese carácter, o lo que es lo msimo, de no ser tan especial, no indica de suyo que sea orgánica o integral. Por ello la especialidad de una norma salva su vigencia frente a una más general simplemente pero ésta no toca el tema específico de aquella (y obviamente cuando no lo hace), vale decir, por inaplicabilidad de la primera categoría de derogación tácita de la Ley 153, o del artículo 72 del Código Civil e, incluso, de la Ley 57, pero no prevalece sobre una de carácter orgánico" (fl. 50).

Sostiene el demandante que por contemplar hipótesis diferentes, no pueden aplicarse sino a casos distintos, pues la Ley 57 habla de ley general, al caso que la 153 habla de norma que regule íntegramente la materia.

A efecto de asegurar el éxito de sus afirmaciones, el libelista sostiene que el Decreto 3243 de 1982, aunque posteriormente derogado por el 3663 de 1982, reguló íntegramente la materia y por ende derogó tácitamente el Decreto 3604 de 1981, especialmente su artículo 7º.

Para demostrarlo comienza por decir que una regulación íntegra de la materia significa que una ley se refiere a todos los aspectos que interesan al derecho, y por ello estima que el Decreto 3243 de 1982 reguló íntegramente la materia referente a las limitaciones cuantitativas en cuanto a otorgamiento de préstamos, pues cubrió a toda institución del conjunto, sus limitaciones se establecieron para todas las operaciones activas de créditos y se refirió a todos los sujetos pasivos de los negocios, al utilizar la expresión "persona alguna natural o jurídica", y cubrió, además, el universo de los préstamos concedidos a personas ligadas con el prestatario por razones de naturaleza consanguínea o de vinculación económica.

Insiste, en fin, el demandante en que el Decreto 3243 de 1982, reguló íntegramente la materia y por tanto derogó el artículo 7º del Decreto 3604 de 1981, porque su normación se "dirigió patentemente a reglamentar los límites cuantitativos de todos los préstamos otorgados por los intermediarios financieros, sin reserva de ninguno, y cualquiera fuese la condición o calidad de los beneficiarios...". La derogación tácita se produjo, por ende, en rigurosa aplicación de colón final del artículo 3º de la Ley 153 (fl. 54 del expediente).

Otras argumentaciones del actor:

Refuerza sus conclusiones el demandante con las siguientes adicionales consideraciones "que concluyen en lo mismo":

a) Si el régimen previsto para los accionistas buscaba establecerles restricciones mayores que las previstas para terceros, y el Decreto 3243 no hubiese derogado el artículo 7º del Decreto 3604, se tendría la paradoja de que los terceros resultarían más restringidos que los accionistas en el uso de los préstamos, pues éstos sólo podrían utilizar hasta el 7% del capital y reservas, en tanto que los accionistas podrían utilizar hasta el 10%.

Contribuye a aumentar las razones para estimar derogado el últimamente citado por el 3243, el hecho de que el Decreto 990, posterior, no rebajó para los accionistas el límite que el 3604 había previsto para los terceros;

b) El Decreto 3243 no contempló norma especial aplicable a restricciones en materia de préstamos de corporaciones de ahorro y vivienda a constructores; pero que derogó la norma pertinente del 664 de 1979 se infiere del hecho de que el Decreto 3663 de 1982, que derogó el 3243, reprodujo el artículo 14 del Decreto 664 de 1979, lo cual hubiera sido superfluo si el 664 no hubiera sido derogado por el 3243.

De donde infiere el actor que también el 3243 derogó la normatividad del artículo 7º del 3406 en materia de préstamos a favor de accionistas;

c) El artículo 3º del Decreto 3243 muestra el carácter orgánico del estatuto, exceptuando de sus reglas a las operaciones de crédito de fomento, las que seguirán regidas por las disposiciones en vigor;

d) Continuando con su paralelismo de confrontaciones en cuanto a normas que él considera supuestamente derogadas y pretendiendo que el Decreto 3243 derogó el 7º del Decreto 3406, pone de presente que ello fue así, como también ocurrió con el artículo 14 del Decreto 664, una de cuyas partes solamente fue reproducida por norma posterior, lo cual indica que el texto total había sido derogado por el primeramente citado, como ocurrió con el artículo 7º tantas veces invocado.

Si ello no fuere así, se pregunta el actor, cómo explicar que subsisten para los créditos de constructores, acumulaciones teóricas diferentes de las que regían para otros beneficiarios pasivos del sistema de crédito de las entidades financieras;

e) Si se insiste, continúa el demandante, en que el artículo 7º del Decreto 3604 se halla vigente, anulada como se halla la norma del artículo 2º, resulta que los accionistas prestatarios quedarían colocados en un régimen privilegiado, pues a ellos no se les suma imaginariamente préstamos otorgados a personas que les están vinculadas por lazos de parentesco o conexiones económicas y societarias;

f) En atención a las disposiciones legales sobre créditos de firma, persiste el actor, los accionistas gozarían de otro privilegio, pues aquellos no entrarían en línea de cuenta para restringir el monto de los préstamos concedibles a ese grupo de usuarios del sistema, lo cual le parece ilógico;

g) Insistiendo en el carácter orgánico o integral del Decreto 3243 de 1982, y en su carácter de máxima generalidad frente a la máxima especialidad anterior en la que se regulan sujetos, limitaciones y cuantías de los préstamos, el actor concluye que si se sigue considerando que el artículo 7º del Decreto 3604 de 1981 no fue derogado por aquél, tampoco lo fueron las otras normas de semejante categoría a aquella del artículo 7º, con lo cual ha de inferir que el Decreto 3243 no tuvo, sencillamente, vigencia, pues no podía derogar las normas especialísimas anteriores;

h) Si contrariamente a la evidencia, se sostiene que el Decreto 3243 no es orgánico de la materia, se llegaría a una petición de principio, pues se supone lo mismo que se debe probar para llegar a aquella conclusión, lo que conduce a un paralogismo insuperable, pues se supone que para que una norma posterior sea orgánica e integral de la materia debería referirse expresamente a todas y cada una de las disposiciones especiales anteriores.

El memorial de la demanda hace referencia a los aspectos penales establecidos para integrar el tipo penal que constituye violación a los límites impuestos por ley a los créditos de accionistas del sector financiero y alude a los conceptos que sobre el tema tan largamente expuesto ha emitido la Superintendencia Bancaria, con el propósito de comprobar la indudable consideración de esa dependencia en el sentido de que el artículo 7º del Decreto 3604 de 1981, se halla vigente.

Notificación y contestación de la demanda:

Conforme al rito previsto se notificó la demanda tanto al señor Agente del Ministerio Público, como al señor Superintendente Bancario.

Este último, por conducto de abogada, dio contestación al libelo incoativo de la acción, y se opuso a las pretensiones del actor, propuso la excepción de inepta demanda y solicitó que, por fallo con fuerza de cosa juzgada esta jurisdicción declara que la Circular externa OJ 094 de 16 de diciembre de 1985 se ajustaba a derecho.

Rituada la instancia se oyeron las alegaciones de las partes las cuales se reseñan a continuación.

Alegato de conclusión de la Superintendencia Bancaria:

En él la distinguida apoderada de la Superintendencia Bancaria luego de sintetizar los argumentos ofrecidos por el actor para obtener sentencia favorable a sus pretensiones, los estudió críticamente para sostener que las normas que consagran cupos individuales de crédito para las personas en general, y las que los señalan para los accionistas de una entidad financiera, corresponden a regímenes jurídicos distintos, en virtud de que amparan intereses y acogen filosofías también diferentes; en ese marco conceptual, estima que el Decreto 3243 de 1982 es un estatuto integral, regulador del cupo individual del crédito ideado con el propósito de evitar la concentración del crédito en pocas manos, y buscando la repartición del riesgo.

En cambio, estima la impugnadora, el Decreto 3604 de 1981, en sus artículos 4º y 7º, no buscaron repartir los riesgos, sino evitar la concentración del crédito en el grupo de accionistas.

Por lo expuesto, dice la Procuradora Judicial de la Superintendencia Bancaria, no puede entrarse a establecer una relación de inclusión, o exclusión entre los Decretos 3604 y 3243, por referirse a círculos que podría considerarse tangente pues si el Decreto 3604, artículo 7º, constituía excepción al régimen general existente con anterioridad al 3243 de 1982 mal podría ser derogado por el Decreto que constituye un régimen general del que aquél no hacía parte.

Replica el argumento del actor según el cual los Decretos 1970 de 1979, artículo 6º y 2461 de 1980, artículo 6º, numeral 3º puedan asimilarse al 3604 pues estas normas, a diferencia de lo que ocurría con el Decreto 3604, artículo 7º sí constituían excepciones al régimen general sobre cupo individual de crédito, los que, de consiguiente, según la impugnadora, sí fueron derogados por el Decreto 3243 de 1982, artículo 1º.

Agrega que los argumentos enderezados a cobijar en la misma situación los Decretos 3604, artículo 7º y 664, artículo 14, no pueden admitirse, pues las normas correspondientes fueron expedidas con criterios y finalidades distintas: El primero se refiere a un grupo de entidades financieras y prestatarias de las mismas que fueran accionistas suyos, y el segundo a las corporaciones de ahorro y vivienda, en cuanto a la destinación de los créditos otorgables por éstas, y no a cierta categoría de prestamistas constructores. Pone de relieve que el Decreto 3604 de 1981, artículo 7º, tuvo en cuenta para la limitación del

monto de crédito otorgable la totalidad de los créditos concedidos por ciertas entidades a sus accionistas, garantizados o no con prenda real o personal.

Con cifras y ejemplos numéricos *ad hoc*, la defensora de la Superintendencia Bancaria demuestra que no es exacto que los accionistas prestatarios del sistema hubieran tenido, por efecto de la vigencia indeclinada del artículo 7º del Decreto 3604, mayores privilegios que los reconocidos a terceros, pues los créditos otorgables a aquellos podían verse disminuidos por inclusión de la totalidad de las obligaciones contraídas.

La litigante sostiene que no puede compartir el criterio del demandante en cuanto afirma que el Decreto 3604, artículo 7º privilegia a los accionistas al no referirse a las garantías que respaldan los créditos. Bien es cierto, admite, que el Decreto no consagró normas sobre garantías pues en cuanto a la solidaridad de los deudores y codeudores de créditos el tope se establece como efecto de la suma de las deudas solidariamente establecidas, como consecuenca propia de las normas del Código de Comercio.

Insiste en que el Decreto 3604 de 1981 previó que las entidades financieras no podían otorgar préstamos o descuentos a sus accionistas poseedores de más del 10% de sus acciones, y con relación a ciertas instituciones financieras autorizó prestar hasta el monto allí señalado a ciertas entidades del mismo grupo.

Y que hallándose vigente la norma general (art. 4º del Decreto 3604), es como puede entenderse la vigencia de la norma excepcional o exceptiva del artículo 7º *ibidem*.

Concluye su alegato afirmando que el Decreto autónomo 3604 de 1981 en su artículo 7º, contiene una disposición muy diferente a la de la norma del Decreto 3243 de 1982, artículo 1º, pues existen dos regímenes jurídicos que señalan topes a los cupos individuales de crédito: El aplicable a cualquiera persona natural o jurídica y el aplicable a los accionistas de la entidad prestataria, las cuales disposiciones amparan intereses jurídicos diferentes. El primero, la repartición adecuada del riesgo, el segundo, prevenir la contracción del crédito.

Para rematar sostiene que el tope máximo de crédito otorgable a los accionistas incluye la totalidad de las obligaciones contraídas por ellos con la entidad, independientemente del tipo de garantía otorgada, y que el artículo 7º del Decreto 3604 de 1981, es excepción a la disposición consagrada en el artículo 4º del mismo decreto y no al régimen general sobre cupo individual de crédito cuando se trata de prestatarios personas naturales o jurídicas, régimen general derogado tácitamente por el Decreto 3243 de 1982, artículo 1º.

Alegación de conclusión del demandante:

Son sus argumentaciones:

El Decreto 3243 de 1982 fue integral en todo y por todo, y no sólo ello, sino exhaustivo en el tratamiento de lo relacionado con los sujetos activos y pasivos de la relación crediticia, cuantía y contenido

del vínculo obligacional, aspectos conexos, como aspectos relacionados con la acumulación de obligaciones, y régimen de sanciones imponibles por transgresión a su preceptiva.

De ahí, debe admitirse que derogó todas las normas anteriores sobre el tema de interés, por aplicación del colón final del artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

Si se argumenta que no reguló específicamente toda la materia, llegaríase al absurdo de que ninguna norma posterior podría ser reguladora de la totalidad del ámbito jurídico referible, con lo cual sería írrita la disposición del artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

El principio de especialidad no es útil para dirimir la cuestión, pues no se trata, según el actor, de norma especial primando sobre norma general posterior, puesto que el Decreto 3243, que se pretende derogante, no sólo fue general, sino orgánico.

Si no se admitiese que fue orgánico, a lo menos debe convenirse en que fue de generalidad máxima posible, lo que implica derogación de las normatividades precedentes. Lo contrario implicaría la subsistencia de normas especiales precedentes a un estatuto general máximo posterior.

Se ocupa del examen de las razones finalmente dadas por la Superintendencia Bancaria para estimar subsistente el artículo 7º del Decreto 3604 de 1981, y para desvirtuar la opinión de la contraparte esgrime la idea ya expuesta en su demanda y además, supone que las razones de sustento del artículo 7º del Decreto 3406 de 1982 no son suficientes para hacer de él un estatuto autónomo en la materia de las limitaciones cuantitativas de los préstamos, por lo que constituye una excepción común al régimen general, derogada por ende por el Decreto 3243 de 1982, estatuto orgánico.

Se opone francamente a la similitud de tratamiento que la Superintendencia da en materia de vigencia al artículo 4º en relación con el 7º del tantas veces citado Decreto, pues sostiene que el artículo 4º no establece limitaciones a los créditos, sino que los prohíbe absolutamente, en función de la finalidad del artículo 86, numeral 6º de la Ley 45 de 1923 y 8º del mismo Decreto 3604.

No conviene en las conclusiones dadas por la Superintendencia para demostrar que la vigencia del artículo 7º del Decreto 3604 de 1981 no implica mayor privilegio para los accionistas prestatarios, lo cual en muchas otras hipótesis, dadas en función de capital suscrito y reservas varían opuestamente.

Considera que las argumentaciones de la demanda en cuanto a la acumulación de créditos a su cargo no puede admitirse pues las garantías a que él se refiere son las otorgadas por el establecimiento y no las que se avenga a prestar el accionista a favor de ésta para caucionar obligaciones de tercero, adquiridas en beneficio suyo.

En su opinión, finalmente, cree que la administración de control bancario estima en una parte (circular demandada) que el principio

consagrado en el artículo 7º no constituye excepción al régimen general en materia de cupos de créditos, y en tanto que en otra circular, al tratar de la cuestión, estima que no hace parte del tema y la trata como norma autónoma.

Sobre la excepción de inepta demanda invocada la decisión producida al momento de admitirse la demanda y precisa que los hechos y fundamentos de la acción se hallan de todos modos incluidos en su prolijo estudio de demanda.

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Tercero ante esta Corporación, en breve y preciso estudio, solicita que se denieguen las peticiones de la demanda.

Ilustra el señor Fiscal el criterio de esta Corporación con la consideración que si bien es cierto que el Decreto 3243 de 1982 es todo un estatuto en lo atinente a limitaciones cuantitativas de préstamos, es un estatuto de orden general, pero no especial, el cual, para este caso está constituido por el artículo 7º del Decreto 3604 de 1981 cuya vigencia ha recalcado la Superintendencia Bancaria y que no pudo, por tanto, ser derogado por texto general posterior.

Fundamenta su concepto en los antecedentes históricos que motivaron al Ejecutivo a establecer un régimen específico de restricciones en materia de préstamos a los accionistas de las entidades de crédito, a fin de buscar saneamiento del sistema financiero seriamente quebrantado por diversas formas de abuso de propiedad.

Sintetizada de la manera más fiel posible la argumentación de cada una de las partes, la Sala procede a despachar las súplicas de la demanda, previas las siguientes

Consideraciones:

La ley se entiende expedida en un sentido progresivo. Igual principio cabe predicarse de las disposiciones generales que desarrollan los preceptos constitucionales y no condicionados a textos positivo que las limite.

La argumentación central de la demanda consiste en sostener que el artículo 7º del Decreto autónomo 3604 de 1981 fue tácitamente derogado por cuanto el Decreto de igual clase número 3243 de 1982 reguló íntegramente la materia, integridad reguladora tan afanosamente argüida por el actor.

La Sala examina el contenido del últimamente mencionado Decreto y halla que en él se dispone que sus disposiciones, no se aplican en materia de las prohibiciones señaladas, ni en materia de crédito de fomento a mediano y largo plazo, los cuales continuarán sometidos a las limitaciones entonces vigentes (art. 2º).

También excluye de su regulación y de las prohibiciones del artículo 1º, los créditos que se tramitaron para el funcionamiento de proyectos calificados de interés para el desarrollo económico y social del país, (según calificación que a ese efectos diera el Consejo Nacional de Política Económica y Social —art. 4º—).

El artículo 6º dispuso que sus previsiones regirían a partir de su expedición (15 de noviembre de 1982) y que él derogaba las normas que le fueran contrarias.

Las normas referidas antes indican claramente que los créditos otorgables por instituciones financieras que en forma masiva y habitual manejaran, aprovecharan o invirtieran fondos captados del público, podrían otorgarse a cualquier persona natural o jurídica en cuantía superior al 7% de su capital pagado y reservas patrimoniales.

Pero el ordenamiento previsto en el artículo 1º no cubrió a todos los tipos de crédito pues se excluyó de la prohibición anterior los créditos de mediano y largo plazo favorecidos con recursos internos o externos.

La circunstancia de que la disposición derogatoria del artículo 6º del Decreto 3243 de 1982 sólo se refiere a las normas que le fueran contrarias implica que las que las que no le sean continuaban vigentes y por este aspecto habría de concluirse que el Decreto mencionado no constituye una regulación íntegra u orgánica de la materia.

La conclusión anterior no implica, desde luego, que para que una disposición general se entienda regular íntegramente la materia debe referirse a cada uno de los artículos especiales, que antes rigieran los aspectos que el nuevo estatuto norma, sólo que en el presente caso, los elementos que pudieran configurar en texto orgánico total no se dan y no puede, por ende, predicarse la consecución que se derivan del supuesto del artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

Tampoco puede la Sala acoger la idea propuesta por el actor según la cual el artículo 7º del Decreto 3406 de 1981 había sido derogado tácitamente por la disposición del artículo 1º del Decreto 3243, pues no halla incompatible su contenido, dado que el primero especificaba en grupo general de sujetos activos beneficiarios eventuales de los créditos, por lo cual ese artículo 7º no podía ser aludido, pues pertenece a otro grupo regulado particularmente.

La parte demandante podrían tener éxito en sus pretensiones, bien porque el Decreto 3243 de 1982 hubiera regulado íntegramente la materia de que trata una norma específica anterior, o ser las disposiciones posteriores no compatibles con las precedentes.

Ahora bien, el contexto general del artículo 1º del Decreto 3243 si bien se refiere a limitaciones que cobijan a toda persona natural o jurídica, incluye, en principio a los propios accionistas de las entidades que realiza el tipo de operaciones crediticias que regula el citado Decreto y por ello en principio podría creerse que la regulación del aspecto referente al crédito a favor de accionistas quedó también regulado y por tanto derogado. No es ello, empero, así a juicio de la Sala, pues los casos de excepción y la circunstancia de que no derogó todo la legislación o regulación anterior, indica a las claras que se trata es de máxima generalidad, el 3243 de 1983 no es orgánico ni regula íntegramente la anterior.

La necesidad de limitar la concentración del crédito en los accionistas es tema de regulación especialísima que no puede considerarse

subsanada en las normas generales posteriores; no orgánicos de la materia.

Y la circunstancia de que algunos aspectos del Decreto 3604 de 1981 hubieren sido reproducidos en norma posterior no indica forzosamente que las tales disposiciones hubieran tenido la misma suerte que las del artículo 7º del citado Decreto.

La razón de explicación dada por la Superintendencia para contradecir el argumento según el cual si el artículo 7º del Decreto 3604 de 1981 no hubiera sido derogado, los beneficiarios de créditos distintos de los accionistas habrían tenido mejor tratamiento que estos, permite a la Sala considerar que tal hecho no es evidente y por tanto que el argumento mal fundado no es convincente en el sentido dado por la actora.

Por lo demás, le parece a la Sala que las disposiciones del Decreto 3604 de 1981 sobre cupo individual de crédito de los accionistas es en sí mismo un principio normativo específico, propio y autónomo, no sumible dentro de la categoría general del crédito a cualquiera persona, lo que convierte al artículo 7º en norma que busca evitar el privilegio de los accionistas, en tanto que las disposiciones del Decreto autónomo 3243 de 1982 se remite a regular otros aspectos del problema: La concentración del crédito y el riesgo de insolvencia.

No perteneciendo el 3604 de 1981, artículo 7º, a un mismo conjunto regulador de restricciones a posibles privilegios, mal puede considerarse derogado por el Decreto autónomo 3243 de 1982 que se refiere a regulaciones tutelares de otros aspectos (concentración y riesgo), el cual por lo mismo sí podía derogar el artículo 24 del Decreto 664 de 1979, que hace parte de regulaciones sobre estos aspectos.

Así, el primer argumento y concepto de la violación consistente en el desconocimiento por la Circular acusada, del artículo 3º de la Ley 153 de 1887, no aparece demostrado pues el Decreto autónomo 3243 de 1982 no es íntegramente regulador de la materia relacionada con la restricción a los créditos otorgables a los accionistas, sino del aspecto relativo a la regulación de la concentración y el riesgo en el otorgamiento de los créditos.

En lo que concierne a la violación por parte de la Circular de los artículos 1º y 2º del Decreto extraordinario 990 de 1983, la Sala considera que los límites que en esta se establecen, rezan con créditos otorgables a terceras personas diferentes de los accionistas de las entidades y corporaciones financieras sujetas al control de la Superbancaria, y no a los accionistas de las mismas, cuya capacidad de endeudamiento mantiene el límite consagrado en el artículo 7º del Decreto autónomo 3604 de 1981.

Por no tratarse en el caso que se examina de disposición contradictoria contenida en Código (hipótesis para la cual se utilizó en principio la solución del artículo 5º de la Ley 57 de 1887), la Sala habrá de contentarse con decir que aún supuesto que esa fuera la situación, la solución aplicable sería la ya indicada pues el Decreto 3243 de 1982 sería general frente a una regulación de contenido, finalidad y ambiente jurídico diferente.

Vale, finalmente la pena recordar con García Mayres (Lógica del Raciocinio Jurídico, Fondo de Cultura Económica, 1964, pág. 169), que cuando "una norma limita la aplicabilidad de su disposición solamente a determinada clase de personas, de ella puede inferirse, interpretándola a contrario, la existencia de otra cuya disposición se opone contradictoriamente a la primera, y cuyo ámbito personal de validez está formado por las no comprendidas en el del otro precepto".

Esos otros contituyen un campo especial de regulación, frente a la generalidad, pero en sí mismo en grupo determinado o regulación que una interpretación contextual no pudiendo considerar comparada o comprendida dentro de la reglamentación general posterior que tenga en cuenta los elementos de referencia básica que se han utilizado para el otro grupo general, a menos que una expresa alusión o derogatoria del precepto por la ley general posterior y orgánica no deje lugar a dudas de que la regulación de la situación especial anterior quedó suprimida.

No es pues, la simple interpretación textual la pertinente en esa hipótesis, sino que se exige la utilización del análiss del contexto normativo del conjunto para definir la cuestión de la vigencia o no de la ley o de la norma jurídica en el tiempo.

Y ese contexto jurídico normativo, que tiene su ámbito socio-jurídico y económico lleva a la Sala a considerar que el artículo 7º del Decreto autónomo 3604 de 1981, como lo pretendió el actor, ni tampoco por el Decreto 990 de 1983, conjuntos normativos genéricos pero referidos a finalidades de protección de intereses jurídicos distintos a los preservados y reglamentados por el Decreto 3604 de 1981, artículo 7º.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda entablada por el doctor Mario Alberto Rubio Caicedo tendiente a lograr la nulidad parcial de la Circular externa número OJ 014 de 16 de diciembre de 1985, proferida por la Superintendencia Bancaria.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

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

Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, No asistió.

Jorge A. Torrado, Secretario.

CARRERA ADMINISTRATIVA (Instituto de los Seguros Sociales).—

1º Ingreso.

2º Provisión de empleados. Fases.

a) Registro de aspirantes;

b) Concurso;

c) Nombramiento;

d) Período de prueba. POTESTAD REGLAMENTARIA. Límites. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (art. 215 de la C. N.). EXCEPCION DE ILEGALIDAD (art. 240, C. R. P. y M.). ¿Cuándo se aplican?

CARRERA ADMINISTRATIVA. NO HABILITACION DE TIEMPO COMO PERIODO DE PRUEBA. El Decreto reglamentario del Decreto-ley 1651 de 1977 se separó, en forma por demás ostensible del contenido del estatuto reglamentario, en cuanto estableció que a las personas vinculadas al Instituto a la fecha de expedición de este estatuto y que fueren nombrados en cargos de carrera, se les habilitaran los 6 meses anteriores de servicio como prueba, cuestión ésta que no contiene la ley reglamentada.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veinticinco de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: Doctora *Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 922-8766. Autoridades Nacionales.

Actor: Jorge E. Penagos Cuéllar.

Después de haberse reconstruido el presente negocio, de conformidad con las normas legales pertinentes, ha llegado el momento de proferir sentencia de fondo y a ello se procede, previa consideración de que no existe defecto que invalide lo actuado.

Jorge E. Penagos Cuéllar, por conducto de apoderado, en escrito dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitó que se hagan las siguientes declaraciones:

"1. Que se declare nulo el artículo 1º de la Resolución número 001, de fecha enero 7 de 1981, expedida por el Gerente del Instituto de Seguros Sociales —I.S.S.— Seccional Cundinamarca y Distrito Especial, por medio del cual fue declarado insubsistente el nombramiento

de mi mandante, en el cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos, Clase II, Grado 13, dedicación completa, de la Sección Financiera de la Unidad Programática Zonal número 14, Centro, de esa Seccional".

"2. Que en restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro de Penagos C., al mismo cargo que venía ocupando, u otro equivalente —en condiciones de remuneración y jerarquía—; el pago de los sueldos, primas, vacaciones y prestaciones laborales dejadas de percibir, hasta la fecha del reintegro, así como los aumentos que hasta la fecha en que se realice el reintegro, hubiesen afectado los conceptos anteriores. Y como consecuencia de lo anterior, solicito se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi mandante al Instituto de Seguros Sociales".

Los hechos que sirven de fundamento a las peticiones anteriores, aparecen relacionados a folios 13 a 14 del expediente.

El concepto de la violación se encuentra a folios 14 a 16 del informativo.

Surtido el trámite que corresponde a esta clase de procesos, el Tribunal del conocimiento profirió la sentencia que ahora ha venido en apelación interpuesta por el Instituto de Seguros Sociales, y en dicha providencia accedió a lo solicitado por el demandante, con apoyo en lo previsto en los artículos 69 y 70 del Decreto reglamentario número 413 de 1980 que disponen lo siguiente:

"Artículo 69. *De la habilitación del tiempo de servicio como período de prueba.* Para efectos de la inscripción en la carrera de funcionarios de seguridad social, a las personas vinculadas al Instituto de Seguros Sociales a la fecha de expedición del presente Decreto y que sean nombradas en cargos de carrera, se les habilitarán los seis (6) meses anteriores de servicio al Instituto *en cualquier empleo como período de prueba satisfactorio*" (subrayas de la Sala).

"Artículo 70. *Del escalafonamiento del personal incorporado a la planta.* A los funcionarios a quienes, según el artículo 69 del presente Decreto se les habiliten los seis (6) meses anteriores del servicio como período de prueba satisfactorio y que se posesionan en los empleos para los cuales han sido nombrados se les inscribirá en la carrera de funcionario de seguridad social. Dicha inscripción se hará dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de posesión y mientras se expida la resolución de escalafonamiento, los funcionarios no podrán ser discrecionalmente desvinculados del servicio".

En el caso de estudio se demostró que el demandante no se hallaba vinculado al Instituto de Seguros Sociales, por un contrato de trabajo sino por una relación de derecho público y que a la fecha en que se declaró insubsistente su nombramiento, desempeñaba un cargo de carrera. No está de acuerdo esta Sala con lo expresado por el Tribunal del conocimiento en la sentencia que se examina en cuanto a que en el caso de estudio debe darse aplicación preferencialmente a lo dispuesto en los artículos 69 y 70 antes transcritos, porque de la confrontación entre el contenido de estas dos normas y lo dispuesto en la ley reglamentada (1651 de 1977), bien se ve que el Ejecutivo extralimitó las facultades reglamentarias, pues fue más allá de lo que dispone aquella, en lo relativo al ingreso a la carrera de la seguridad social.

En efecto: De conformidad con el artículo 108 del Decreto-ley 1651 de 1977, ya citado, "el ingreso a la carrera se hará por resolución de inscripción, previa la realización de un concurso y una vez superado el período de prueba". A su vez el artículo 109 dispone que los empleos de carrera se proveerán mediante un proceso de selección que comprende cuatro fases a saber: a) Registro de aspirantes; b) Concurso; c) Nombramiento; d) Período de prueba.

Para efectos del concurso, el instituto elige las personas que satisfacen mejor las condiciones y requisitos para desempeñar los correspondientes empleos. Como resultado de cada concurso, un comité de selección elaborará, por orden de mérito, una lista de candidatos elegibles para el ejercicio de empleos "cuyo desempeño demanda requisitos comunes". Cuando hubiere necesidad de proveer un empleo de carrera, el Director del instituto o las personas en quienes él hubiere delegado la facultad de designar personal, escogerán de la lista de candidatos elegibles que correspondiera, a una de las personas que figuran en los diez primeros puestos.

Escogido el candidato *"se procederá a designarlo en período de prueba y se comunicará al interesado la naturaleza y las funciones específicas del empleo, la remuneración, el lugar de trabajo y las demás condiciones para su ejercicio"* (subrayas de la Sala).

El período de prueba *"última fase del proceso de selección* tendrá una duración de seis meses durante los cuales el instituto evaluará el desempeño del funcionario en el cargo, con el fin de decidir sobre su permanencia en el servicio y su incorporación a la carrera.

"Durante el período de prueba el funcionario *podrá ser discrecionalmente retirado del instituto.* En ningún caso podrá excederse el término de seis meses (para efecto del período de prueba) y sin que se produzca el retiro del funcionario o su inscripción en la carrera dentro de los ocho días siguientes, previa evaluación de servicios". "Si venciere dicho término sin que el funcionario fuere retirado del instituto, se entenderá que ha sido calificado satisfactoriamente y la administración deberá proceder, en todo caso, a su inscripción en la carrera".

En el caso de estudio está probado que el actor tomó posesión de su cargo el 20 de agosto de 1980 y fue retirado del servicio el 6 de enero de 1981, es decir, antes de vencerse los seis meses de prueba. Se argumentará, empero, que de conformidad con los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980, el Instituto de Seguros Sociales, estaba en la obligación de habilitar como período de prueba los seis (6) meses anteriores de servicio del actor, en el cargo de carrera que le había sido asignado y a virtud de que venía laborando con anterioridad a la última asignación. Sin embargo esta disposición no se halla contenida en la ley reglamentada, por lo cual el Ejecutivo se extralimitó en la facultad que le otorga el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. No debe olvidarse que el poder reglamentario, como lo tiene dicho la doctrina, no es absoluto ni ilimitado, por cuanto que está sujeto al contenido mismo de la ley pues, ante todo deberá respetarse el campo reservado al legislador. Sobre este punto el Consejo de Estado ha expresado que "la excepción de inconstitucionalidad que establece el artículo 215 de la Constitución Nacional y la de ilegalidad

que surge del artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal al establecer que entre disposiciones contradictorias en asuntos nacionales que aplica de preferencia la ley sobre el reglamento ejecutivo y del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 que establece que las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, serán aplicados mientras no sean contrarios a las leyes".

En el caso de estudio según se vio ya, el Decreto reglamentario del Decreto-ley 1651 de 1977 se separó, en forma por demás ostensible, del contenido del estatuto reglamentado, en cuanto estableció que a las personas vinculadas al instituto a la fecha de expedición de este estatuto y que fuesen nombradas en cargos de carrera, se les habilitarán los seis (6) meses anteriores de servicio como prueba, cuestión ésta que no contiene la ley reglamentada. De otra parte el reglamento pasó por alto o desconoció lo previsto en el tantas veces nombrado Decreto 1651 de 1977 que estableció el concurso previo para ser inscrito en la carrera, de la seguridad social, lo cual quiere decir que ignoró lo que se dispone en la norma superior. Por estas razones no podía darse aplicación a dicho Decreto.

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

Falla:

Revócase la sentencia de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 22 de mayo de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

POLICIA ADMINISTRATIVA. UPAC (Nulidad).—

No es una medida de valor. CORRECCION MONETARIA. Compensa parcialmente la DEVALUACION, los ahorradores ven en ella una parte del rendimiento de sus depósitos y por tanto todo aquello que tienda a garantizar su consistencia merece protección y resplado por formar parte del elemento de confianza del público en su sistema. Causación de la corrección monetaria. TERMINO DE DIA (arts. 50, 59 y 60 de la Ley 4ª de 1913). CORRECCION MONETARIA. CAUSACION. Se requiere el transcurso del espacio completo de un día para que la corrección se cause, no siendo admisible su cálculo, fraccionado por una parte de él. FALSA MOTIVACION POR ERROR DE DERECHO.

Declárase la nulidad de la Circular DC número 029 del 8 de abril de 1985, expedida por el señor Superintendente Bancario. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. POLICIA ADMINISTRATIVA. EJERCICIO EN LAS ENTIDADES POR ELLA VIGILADAS.

Artículo 47 de la Ley 45 de 1923. Extensión de vigilancia a las CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA, mediante Decreto 677 de 1972. POLICIA ADMINISTRATIVA. Ambitos dentro de los cuales puede desarrollarse. Finalidad. Mecanismos de control: CIRCULARES. Se trata de una función de policía administrativa atribuida por la ley al Superintendente Bancario para que ejerza el control sobre los establecimientos de crédito.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., doce de junio de 1987.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0559. Actor: Carlos Alberto Navia Raffo. Autoridades Nacionales.

El ciudadano Carlos Alberto Navia Raffo, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pide se declare la nulidad de la Circular Externa DC número 029 de 1985, abril 8, emanada de la Superintendencia Bancaria.

El acto acusado:

La Circular externa DC número 029 de 1985 de la Superintendencia Bancaria fue dirigida a los señores Presidentes y Gerentes Generales de las corporaciones de ahorro y vivienda y en ella se dijo que la

Superintendencia tiene conocimiento de que algunas corporaciones "vienen liquidando los retiros de las cuentas de ahorro o depósitos, con el valor de la Unidad de Poder Adquisitivo de valor Constante UPAC, el día inmediatamente anterior al de la realización de la operación" procedimiento que ese Despacho considera violatorio del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 2929 de 1982 y del artículo 1º del Decreto 1131 de 1984 y por tal razón "deberá suspenderse en forma inmediata y continuar liquidando pagos, retiros y depósitos, de cualquiera de las modalidades de captación, con el valor de la Unidad de Poder Adquisitivo de valor Constante UPAC, fijado para el día en que se realice la operación".

El texto de las disposiciones en que se apoyó el Superintendente para impartir tal orden y que insertó en la Circular acusada dice:

"El inciso 2º del artículo 2º del artículo 1º del Decreto 2929 de 1982 dispone:

"Las corporaciones de ahorro y vivienda en todos los documentos que expidan para el público expresarán las respectivas cantidades en Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) lo mismo que su correspondiente equivalencia en moneda legal a la fecha de la expedición del documento".

"El artículo 1º del Decreto 1131 del 16 de mayo de 1984 establece:

"El Banco de la República calculará mensualmente e informará con idéntica periodicidad a las corporaciones de ahorro y vivienda, para que cada uno de los días del mes siguiente, los valores en moneda legal de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), calculada así: A las variaciones resultantes en el promedio del Indice Nacional de Precios al Consumidor, para empleados y obreros elaborado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) para el período de doce (12) meses inmediatamente anterior, se le adicionará el uno y medio por ciento (1.5%) del cuadrado de la diferencia entre el promedio de variación del Indice Nacional de Precios ya mencionado y el rendimiento promedio efectivo ponderado de los certificados de depósito a noventa (90) días emitido por los bancos comerciales y las corporaciones financieras, calculado por el Banco de la República para el mes inmediatamente anterior".

Disposiciones violadas y conceptos de la violación:

El accionante aduce que la Circular cuya nulidad impetra es violatoria de los artículos 2º, 20, 63 y 120-3 de la Constitución Nacional; de los artículos 1524, 2221 a 2235 y 2236 a 2259 del Código Civil; de los artículos 1163 a 1169, 1170 a 1177, 1393 a 1395 y 1396 a 1398 del Código de Comercio; artículos 57, 59 y 60 de la Ley 4ª de 1913; artículos 2º del Decreto 677 de 1972, 2º del Decreto 1229 de 1972 y demás disposiciones complementarias.

Se resume de la siguiente manera el concepto de la violación:

1º Los contratos de depósito y mutuo que constituyen el objeto social de las corporaciones de ahorro y vivienda están definidos y

regulados por disposiciones legales, de tal manera que introducir a ellos cláusulas contractuales, imponer condiciones, imponer la forma y la cotización que debe utilizarse es reglamentar la ley, lo cual compete al Presidente de la República por mandato del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Al hacerlo el Superintendente, viola la Constitución.

2º La reglamentación expedida nada tiene que ver con las disposiciones que cita y viola por sí misma normas de carácter legal de superior jerarquía, como los artículos 3º del Decreto 677 de 1972, 2º del Decreto 1229 de 1972, 1º del Decreto 1131 de 1984, y 57, 59 y 60 de la Ley 4ª de 1913, toda vez que según estos la equivalencia en UPAC que se establece como norma contractual se señala por el Banco de la República para un día, o sea, para extinguir la obligación de devolver por parte del depositario, es necesario aplicar la equivalencia cuyo derecho nació para el depositante a la media noche del día en que termine el respectivo espacio de tiempo, según lo establecido por el artículos 60 del Código de Régimen Político y Municipal.

3º Al tratar el Superintendente Bancario de determinar la forma de extinguirse las obligaciones, de indicar el camino para determinar la validez de un pago, si la obligación quedó o no extinguida si se aplicó o no la equivalencia en UPAC, escapa a su función de inspección y vigilancia y es privativo de las partes o de los jueces de la República.

Argumentos de la parte demandada:

La Superintendencia Bancaria a través de su apoderada se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que ese Despacho en ningún momento excedió sus facultades legales ni usó de la potestad reglamentaria privativa del Presidente de la República, pues al expedir la Circular que se impugna simplemente desarrolló su función de inspección y vigilancia, con el fin de instruir a las corporaciones de ahorro y vivienda para que dieran estricto cumplimiento a las disposiciones legales vigentes y salvaguardar los intereses de los usuarios.

Aduce que el sistema de ahorro y vivienda se levanta sobre la base del principio del valor constante de activos y pasivos en orden a conservar su poder adquisitivo y para ello el artículo 3º del Decreto 677 de 1972, que es la columna vertebral del sistema, estableció el reajuste periódico de ahorros y préstamos de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda. Agrega que el Decreto 1229 de 1972 creó la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC y dispuso que tanto en los contratos de depósito como en los de mutuo que celebren las corporaciones de ahorro y vivienda se estipulará que las obligaciones en moneda legal se determinarán mediante la aplicación de la equivalencia de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) y que el artículo 1º del Decreto 1131 de 1984 determinó que el organismo encargado de calcular el valor en moneda legal de la UPAC sería el Banco de la República y que lo haría mensualmente para cada uno de los días del mes siguiente.

Concluye que en este orden de ideas, si se aplica por ordenamiento legal la equivalencia y si ésta es calculada por el Banco de la República para cada día en concreto, es obvio que el parámetro legal y contrac-

tual para determinar el monto en moneda corriente de un activo en UPAC no puede ser otro que el que señale la cotización de la unidad en el día en que se verifique la operación.

En relación con la tesis del demandante sobre la aplicación del segundo supuesto de hecho del artículo 60 del Código de Régimen Político y Municipal para determinar a qué período se refiere el artículo 1º del Decreto 1131 de 1984 al decir "para cada uno de los días del mes siguiente", la señora apoderada argumenta que la apreciación es equivocada y que debe aplicarse el primer supuesto, o sea, que el período día se refiere a las 24 horas del mismo.

Por último observa que las corporaciones no aplican igual razonamiento para liquidar a sus deudores los pagos, pues en este caso toman la liquidación del día y, con un ejemplo bastante gráfico, demuestra cómo de aplicarse la tesis de la demanda un ahorrador perderá parte significativa del valor consignado, si el mismo día decide retirar su depósito.

Los coadyuvantes:

Después de haberse producido el concepto de fondo de la señora Fiscal 6ª se presentaron a coadyuvar la demanda los siguientes ciudadanos con alegatos que se tendrán en cuenta y de los cuales se presenta apenas la síntesis de su principal argumentación:

Juan Manuel Charry Urueña (fls. 57 a 60).

Solicita audiencia pública, si la Corporación lo tiene a bien para ampliar sus argumentos que se reducen a considerar que la Circular acusada "adolece de falsa motivación" porque las dos normas en que dice apoyarse originan obligaciones distintas a las señaladas en el acto acusado, con lo cual está creando deberes no contemplados en la ley, desviándose así el ámbito de la Policía administrativa económica, cuya función es velar porque se cumplan exactamente las normas con rango de ley.

Mario Alberto Rubio Caicedo (fls. 61 a 86).

Defiende el sistema de liquidación de la UPAC empleado por las corporaciones como ajustado a lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 2929 y al concepto legal de "día" durante el cual legalmente se causa la corrección, pues comenzando el mismo día en que se celebra la operación (y no al siguiente como es lo comercial según el art. 829 del C. de Co.) el plazo pactado debe terminar cuando se completa finalmente un día, no siendo admisible el fraccionamiento de este último.

Que el artículo 1º del Decreto 2929 no es transgredido, ni el 1º del 1131 dispone lo que supone la Superintendencia, la cual no puede crear disposiciones legales por vías de interpretación no autorizadas y menos contrariar las normas imperativas vigentes. En síntesis considera que "la Circular 29 pretende establecer una excepción a las normas generales que regulan el tema de los plazos y, en consecuencia, se arroga, inconstitucionalmente la condición propia del legislador".

Alvaro Esguerra (fls. 87 a 99).

Que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 2929 de 1982 no ordena ningún sistema de liquidación sino simplemente de expresar en documentos la equivalencia de la UPAC de donde resulta violatoria del ordenamiento jurídico aplicar esta norma a finalidades y casos ajenos a la misma.

Por el contrario la Circular 29 viola lo ordenado por el artículo 1º del Decreto 1131 en que dice apoyarse, pues éste determina el método que debe utilizar el Banco de la República para calcular la equivalencia de la UPAC y comunicarla a las corporaciones pero no ordena liquidar operaciones a determinado valor, ni contiene definición alguna del término "en un día".

Este último es el que surge de los artículos 67 y 68 del Código Civil. Además, necesariamente debe usarse el valor en la UPAC del día anterior que es el lapso completo que ha generado reajuste a favor del depositante y no la fracción del día en que hace el retiro. En esto radica la violación del artículo 1º en que se basa la Superintendencia.

Tal concepto de violación lo complementa con la consideración de que el artículo 1542 del Código Civil ordena que no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente, luego sin haberse cumplido el día no puede exigirse corrección monetaria por una fracción del mismo o como si fuera completo, pues se generaría un enriquecimiento sin causa prohibido por nuestra ley (art. 831, C. C. y arts. 4º y 8º, Ley 153 de 1987).

Finalmente considera la orden de la Circular invasora de campos que el constituyente ha reservado a otras esferas del Estado e incluye como documento de información copia de carta dirigida al señor Superintendente sobre este tema en septiembre 8 de 1986 por las entidades vigiladas.

Defensa de la Circular:

Coinciden en varios puntos la defensa de la señora apoderada de la Superintendencia Bancaria (fl. 22) y las consideraciones que sobre la misma hizo la Fiscal 6ª en su concepto de fondo según el cual no debe anularse el acto acusado.

Los principales argumentos de las distinguidas defensoras pueden sintetizarse en lo siguiente:

La Circular no invadió la órbita reglamentaria que corresponde al Presidente sino simplemente al comparar una práctica con la legislación la juzgó contraria a ésta y ordenó suspenderla dentro de las facultades de vigilancia e inspección que le competen según lo dispuesto por el ordinal 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Que las normas incluidas en la Circular sí tienen que ver con el tema y la práctica prohibida, pues es obligatorio para las corporaciones pactar en UPAC y aplicar la equivalencia en pesos. El valor diario de la UPAC es ley para las partes y rige para todo el día y el concepto de éste es el que surge de los artículos 59 y 60 del Código de Régimen Político y Municipal.

La interpretación que hizo la Superintendencia es legal y está dentro de sus facultades de vigilancia prohibir prácticas que considere ilegales.

Consideraciones:

El Superintendente Bancario desde el año de 1923 para el cumplimiento de su misión de policía administrativa, goza de la facultad de expedir órdenes a las entidades a las cuales vigila y mediante las cuales puede exigirles "la suspensión de prácticas inseguras o no autorizadas", así como las que a su juicio violan los estatutos o alguna ley, según lo dispone el artículo 47 de la Ley 45 del 23, facultad ésta que se le extendió mediante el Decreto 677 de 1972 con relación a las corporaciones de ahorro y vivienda, cuando se autorizó la fundación de estas nuevas entidades crediticias.

Como en toda organización policiva claramente se observan dos ámbitos dentro de los cuales puede desarrollarse principalmente esta función:

a) El control de legalidad que comprende, además de las normas que tienen el sentido de ley, en general, las de los propios estatutos de las entidades y las autorizaciones otorgadas por la autoridad. Tiene un carácter objetivo en cuanto se trata de confrontar unas conductas con unas disposiciones escritas;

b) El control de la seguridad que es de índole discrecional, en cuanto debe aplicar su propio juicio sobre el posible riesgo de pérdida o fracaso que conlleve una determinada práctica.

Pero ambas tienen por finalidades primordiales las de preservar el orden económico en el sector financiero y en especial proteger no sólo los intereses económicos de los usuarios, y con mayor énfasis los del ahorro, sino la confianza pública en las instituciones y en el sistema.

Para ejercer sus funciones puede utilizar mecanismos de alcance general o concretarlos individualmente en una institución o en un sector de ellas. Dentro de los primeros los más conocidos son las Circulares mediante las cuales ejerce un papel didáctico de difusión de la ley, de dar instrucciones, consignar prohibiciones y recomendaciones, pero este medio "en ningún caso puede confundirse con la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente, por el contrario, se trata de una función de policía administrativa atribuida por la ley al Superintendente Bancario para que ejerza el control sobre los establecimientos de crédito", como lo expresó esta Sala en fallo del 5 de septiembre de 1980.

El examen del texto de la Circular que se juzga en esta ocasión suscita los siguientes comentarios:

a) El motivo aparente y expreso que la originó radica en que la Superintendencia tuvo conocimiento de que algunas corporaciones vienen liquidando los retiros de las cuentas de ahorro y depósitos con el valor de la UPAC del día inmediatamente anterior al de la realización de la operación;

b) El Superintendente juzgó que este procedimiento era violatorio de la ley y, en consecuencia, dispuso suspenderlo en forma inmediata. Pero, adicionalmente ordenó continuar liquidando los *pagos, retiros y depósitos* con el valor de la UPAC "fijado para el día en que se realice la operación";

c) Concretamente fundamentó su juicio y sus órdenes en lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 2929 de 1982 y en el artículo 1º del Decreto 1131 de 1984, cuyo texto incluyó en la Circular;

d) La orden, pues, está fincada en un concepto de ilegalidad de la práctica observada.

No está basada en el control de la inseguridad cuyo ejercicio es discrecional, sino en el de legalidad que es objetivo, reglado.

Las dos normas legales que invoca y transcribe la Circular, disponen en resumen:

—La primera, que en todo documento que expidan debe expresarse la cantidad en UPAC y su correspondiente equivalente en moneda legal.

—La segunda, que el Banco de la República calculará e informará mensualmente, para cada uno de los días del mes siguiente, los valores en moneda legal de la UPAC.

Estas dos normas contienen obligaciones a cargo de diferentes destinatarios: Para las corporaciones la primera y para el Banco de la República, la segunda.

La integración o aplicación complementada de estas dos normas por sí sola, no arroja claramente el resultado que señala como práctica ilegal, ni constituye suficiente apoyo normativo para concluir en forma generalizada, como lo hace, que todas las operaciones deben hacerse al cambio del mismo día y no al del anterior.

En el proceso de examen de la Circular 029 de 1985 y con el objeto de pesar los muy eruditos argumentos expuestos tanto por los impugnadores como por los defensores de ella, la Sala consigna apenas algunas de las consideraciones que la han llevado a su decisión:

En primer lugar, recuerda que la UPAC no es una medida de valor, sino un factor para determinar el *"quántum"* de las obligaciones que maneja el sistema, pues aquél valor continúa siendo el peso o moneda legal colombiana, como lo aclaró esta Corporación en el fallo del 4 de febrero de 1976. No obstante y aunque la corrección monetaria compensa parcialmente la devaluación, los ahorradores ven en ella una parte del rendimiento de sus depósitos y por tanto todo aquello que tienda a garantizar su consistencia merece protección y respaldo por formar parte del elemento de confianza del público en el sistema.

En este sentido la preocupación del Superintendente para proteger a los ahorradores es justificada.

Por otra parte, no hay duda en cuanto a que la corrección monetaria se causa de manera periódica y dentro de las distintas posibilidades que caben en este aspecto, el legislador colombiano adoptó el

período de un día. El concepto de este término es el que se deduce de las normas del Código de Régimen Político y Municipal como el espacio de veinticuatro horas, complementando con las previsiones del mismo sobre la forma de cómputo en el sentido de que los plazos convenidos en él terminan a la medianoche del último día del plazo (arts. 59 y 60 de la Ley 4ª de 1913), de todo lo cual hay que convenir que para estos efectos, se requiere el transcurso del espacio completo de un día para que la corrección se cause, no siendo admisible su cálculo fraccionado por una parte de él.

La Circular se refiere en primer término al problema de la conversión del valor de la UPAC a pesos en el caso de los *retiros* pero después ordena la suspensión de la práctica no solamente en tales casos sino en los *pagos y depósitos*, sin precisar los conceptos de los primeros e igualando la regulación para los segundos, sean ordinarios o a término fijo, circunstancias de las cuales este Despacho concluye que no es posible generalizar en la forma como lo hizo la Circular, siendo evidente que la materia merece una regulación más completa y cuidadosa, puesto que las situaciones de las distintas clases de depósitos y de los deudores son diferentes y merecen soluciones igualmente adecuadas.

La idea de protección al ahorrador conduce a la necesidad de adoptar y vigilar prácticas en las cuales no se menoscabe el rendimiento a que tiene derecho durante los períodos completos pactados o los que se concretan en la realidad cuando el cobro es a la vista y la defensa del usuario del crédito debe propender por no hacer más gravosa su situación de deudor. En la medida en que se protejan al ahorrador y al deudor se estará salvaguardando la confianza en el sistema.

De lo expuesto, la Sala considera que la prohibición impuesta mediante la Circular 029 de 1985 al no deducirse en forma clara de los textos legales en que dijo apoyarse, ni haber sido calificada de "práctica insegura", la que la originó, incurrió el señor Superintendente en un caso de falsa motivación, en la modalidad que la doctrina califica como error de derecho y por ello habrá de anularla.

Resta aclarar que estando a conocimiento de este Despacho este negocio, el Presidente de la República, con base en la facultad del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución, dictó el Decreto 562 del 26 de marzo de 1987 en el cual permite a las Corporaciones continuar liquidando los retiros de depósitos con el valor de la UPAC calculado por el Banco de la República para el día inmediatamente anterior al de la realización de la operación.

No obstante que este nuevo acto significa una rectificación de lo ordenado en la Circular acusada, la Sección se pronunciará sobre la demanda, fiel a su criterio de no aplicación generalizada de la tesis de la sustracción de materia.

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:

Declárase la nulidad de la Circular DC número 029 del 8 de abril de 1985, expedida por el señor Superintendente Bancario.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(La presente providencia se discutió y aprobó en sesión de Sala de la fecha).

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque*, *Carmelo Martínez Conn*, Ausente; *Consuelo Sarria Olcos*.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

TEORIA DE LA IMPREVISION O TESIS "DEL RIESGO IMPREVISIBLE".—

1º ¿En qué se funda?

2º Consagración de las obligaciones convencionales y aún en el campo de la contratación administrativa (art. 1º de la Ley 95 de 1890, art. 868 del C. de Co., art. 19 del Decreto 222 de 1983). FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Características. No puede cobijarse con el mismo sentido que usó el legislador al mencionar "actos de autoridad" a la obligatoriedad de los actos administrativos. CIUDADANO. Obligaciones constitucionales. LEY. Obligatoriedad. ACTO ADMINISTRATIVO. PRESUNCION DE LEGALIDAD. FUERZA EJECUTORIA: Pérdida: Excepciones. FUERZA MAYOR. No puede considerarse como fuerza mayor el cumplimiento de una norma legal, que inclusive no es nueva, sino vieja y conocida, cuyo concepto está reservado a los acontecimientos que además de imprevisibles deben ser irresistibles. AHORRO. COLOCACIONES. La Sala no puede sostener la tesis conforme a la cual lo ordenado por una Resolución de la JUNTA MONETARIA (Número 30 de 1979 —caso sub júdice*—), es constitutivo de fuerza mayor que repercute en una exculpación para cumplir lo mandado en un decreto sobre un ordenamiento.*

SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

No son de índole penal y no le son por ello aplicables los principios del Código Penal, como el de la prohibición de asignar responsabilidad objetiva que consagra el artículo 5º del Código de Procedimiento Civil. CULPABILIDAD. Sólo se predica respecto de las personas naturales, no de las jurídicas.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y SANCIONES PENALES. Diferencia teleológica.

IMPUESTOS. REQUERIMIENTO PREVIO Y DERECHO DE DEFENSA.

La falta del requerimiento previo no alcanza a configurar violación del derecho de defensa, ni del artículo 26 de la Constitución Nacional.
ENCAJE. REBAJA.

Cuando se rebaja un encaje o una INVERSION OBLIGATORIA, no puede alegarse esto como LEY POSTERIOR FAVORABLE que exonere del cumplimiento de la norma que con anterioridad regía el encaje o la inversión. LEY PENAL. Favorabilidad. LEY. VIGENCIA en el tiempo. ECONOMIA FINANCIERA. Modificaciones de las regulaciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciseis de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1028. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas. Autoridades nacionales.

Una vez reconstruido el expediente conforme al Decreto 3825 de 1985, y surtido el correspondiente trámite procesal, corresponde decidir la demanda de nulidad de las Resoluciones 2393 del 13 de mayo de 1982 y 3419 del 8 de agosto de 1983, por medio de las cuales la Superintendencia Bancaria impuso una sanción pecuniaria a la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas "por defectos en la inversión supletoria de que trata el artículo 4º del Decreto 893 de 1981, en 31 de diciembre de 1981".

De los escritos del señor apoderado de la demandante las circunstancias fundamentales del caso debatido las sintetiza este Despacho así: Dentro de las políticas de estímulo a la industria de materiales y a la construcción de vivienda popular, dispuso el Gobierno mediante los Decretos 893 del 3 de abril y el 1084 del 30 de abril de 1981 la reordenación de la cartera comercial de las corporaciones de ahorro y vivienda y entre otras disposiciones ordenó que no menos del 3% de un total debía quedar representada en préstamos para la financiación de industrias productoras de materiales de construcción, so pena de suplir los defectos que registrara el balance mensual mediante inversión en títulos del FAVI con interés del 7% que podían redimirse en la medida en que las corporaciones disminuyeran su defecto con relación a su cartera.

Para ajustar sus colocaciones a los nuevos porcentajes, se dio plazo a las entidades afectadas hasta el 31 de diciembre del citado año de 1981 y la Superintendencia Bancaria mediante la Circular externa 059 de julio 6 de 1981, con relación a este tema impartió las siguientes instrucciones:

"2.3. La cifra que arroje el renglón 32, debe ser equivalente por lo menos al 3% del total de la cartera.

"En el evento de que no se cumpla este porcentaje, el defecto deberá suplirse mediante la inversión en títulos FAVI, señalada en el artículo 4º del Decreto 893 de 1981. Esta inversión se efectuará el día 20 del mes siguiente a aquel en que se presentó el defecto y se mantendrá hasta el día 19 del mes subsiguiente.

"El defecto de la inversión supletoria se sancionará con multa del 2.5% mensual (art. 7º, Decreto 893 de 1981)".

El Superintendente Bancario al efectuar la revisión del balance de la demandante, cortado al 31 de diciembre de 1981, estableció que la corporación presentó defectos en la inversión supletoria ordenada por el artículo 4º del Decreto 893 según la comparación numérica del 3% del total de la cartera con el total de préstamos destinados a la financiación de industrias de materiales y sobre el defecto así establecido

sancionó con el 2.5% conforme al artículo 7º del citado Decreto, mediante la Resolución 2393 del 15 de mayo de 1982 que fue confirmada por la 3419 del 8 de agosto de 1983 y que son materia de acusación.

Muchas son las disposiciones que el señor apoderado considera violadas con dicha actuación, pero pueden presentarse en el siguiente resumen:

Que al no solicitar previas explicaciones se violó el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución y desarrollado por varios que cita.

Que al determinar en forma objetiva la responsabilidad, violó las normas que la prohíben como el 5º del Código Penal, y otros de la misma obra.

Que por disposición de la Resolución número 30 de 1979 de la Junta Monetaria, mientras una corporación esté utilizando los cupos de crédito del FAVI, está en imposibilidad legal de hacer nuevas colocaciones o perfeccionar las aprobadas, presentándose así una imposibilidad de cumplir el ajuste ordenado por el Decreto 1084 de 1981. Se presentaría así un caso de fuerza mayor que contempla el artículo 1º de la Ley 95 de 1980, con relación a lo cual adujo finalmente una copia del fallo de abril 12 de 1985 de esta Sección en donde se aceptó en caso igual esta tesis.

Que sí otorgó un préstamo con destino a financiar una empresa de materiales de construcción antes del 20 de enero, cumplimiendo así con la finalidad del Decreto.

Finalmente invoca el principio de favorabilidad que pueda resultar de las nuevas reglamentaciones dictadas en 1982 cuando se atendía el recurso de reposición contra la providencia que la sancionó y que dieron plazo hasta junio de 1983 y de 1984 para ajustar al 3% estas colocaciones.

Consideraciones:

1º Sanciones administrativas y responsabilidad objetiva.

En reciente oportunidad (9 de marzo de 1987, expediente número 290, con ponencia del Consejero Hernán Guilermo Aldana), la Sala consignó su criterio con relación a la naturaleza de las infracciones de las normas administrativas en el sentido de que por principio, no las considera de índole igual a las de naturaleza estrictamente penal, no siéndoles aplicables de llenos principios y normas por los cuales se rigen éstas. En esa oportunidad no se aceptó por ejemplo, algunas normas sobre prescripción.

Dentro de esta orientación la Sala considera que no es aplicable en este ámbito del derecho administrativo sancionatorio, el artículo 5º del Código Penal que dispone: "*Culpabilidad.* Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

Este artículo al mismo tiempo que sienta el principio de la culpabilidad para que una conducta prohibida pueda ser sancionada, proscribe toda forma de responsabilidad objetiva. Por el contexto y

su propia estructura es obvio que el artículo se refiere únicamente a las "personas naturales" ya que solamente respecto a ellas puede predicarse la culpa en sus acciones, y que según el mismo estatuto reviste las distintas formas de dolo, culpa o preterintención (art. 35), de donde resulta apenas natural la última parte del artículo que concluye y complementa la primera con la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva.

Mal puede pues, adoptarse solamente esta parte final del artículo para elevarla a canon imperativo a todo el ámbito jurídico, cuando él está enclavado en el estatuto especializado del derecho penal y con un significado apropiado a él.

Además, el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: Mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico.

Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de ahorro de valor constante que solamente puede hacerse a través de corporaciones de ahorro y vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento de culpabilidad, en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de las personas naturales.

2º Requerimiento previo y derecho de defensa.

En cuanto al "requerimiento previo de explicaciones" cierto es que está consagrado específicamente en algunas ocasiones por la ley, mas no en el que se examina que se refiere al estudio y verificación legal de los informes presentados por la misma empresa, bajo el supuesto de estar fielmente tomados de sus libros y por ello mismo se estiman correctos y la administración los aceptó sin modificación alguna. Fenómeno diferente son las consecuencias legales que se derivan de las situaciones confesadas por la empresa en sus propios informes.

Por esas circunstancias, la falta del requerimiento previo no alcanza a configurar en sentir de la Sala, violación del derecho de defensa, ni del artículo 26 de la Constitución Nacional, siendo que las resoluciones sancionatorias fueron discutidas a través de los recursos gubernativos de ley.

El texto del Decreto 893 de 1981, como es usual en esta materia, precisa de manera objetiva los elementos numéricos que deben quedar registrado en la contabilidad, de la cual emanan los informes obligatorios presentados al Superintendente y que permiten a éste

mediante simple operación visual verificar y controlar el cumplimiento o la violación de las respectivas normas. Así, por ejemplo, en el formulario de "descomposición de préstamos" está previamente indicado y preimpreso en cada grupo de la cartera, el respectivo porcentaje que indica la ley, de manera que el incumplimiento de tales obligaciones a cargo de la corporación se pudo establecer objetivamente a primera vista.

Por lo demás, para corregir posibles errores de la administración, son procedentes los recursos por vía gubernativa que en el presente caso la demandante utilizó oportuna y ampliamente sin que pueda concluirse que hubo violación del derecho de defensa.

3º Fuerza mayor proveniente de actos administrativos.

La llamada teoría de la imprevisión o tesis del riesgo imprevisible que se funda en la imposibilidad de lograr el objeto de las obligaciones por el cambio sustancial y extraordinario de las condiciones iniciales, se ha ido adaptando y consagrando en nuestro medio jurídico, pero a nivel de las obligaciones convencionales, aún en el campo de la contratación administrativa (art. 1º, Ley 95 de 1890, art. 868, C. de Co., art. 19 Decreto 222 de 1983, etc.).

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público", dispone el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 (que sustituyó el art. 64 del Código Civil). Tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido como características de los acontecimientos que pueden encuadrarse dentro del concepto de fuerza mayor de este precepto, que sean imprevisibles y además irresistibles. Pero no puede cobijarse con el mismo sentido que usó el legislador de 1890 al mencionar los "actos de autoridad", a la obligatoriedad de los actos administrativos.

Excepción hecha de la materia contractual (y según su ordenamiento especial) no es posible trasladar toda aquella teoría y elaboración jurisprudencial (referida a otras áreas) al campo del derecho público en donde las obligaciones del ciudadano nacen por imperio de la ley, no por el acuerdo de voluntades y donde su cumplimiento interesa a toda la comunidad.

Las relaciones del ciudadano con la administración pública, en cuanto ésta desarrolla la función constitucional de obedecer las leyes y velar por su exacto cumplimiento, no son iguales a las del deudor frente a su acreedor, en un negocio privado que sólo interesa a ellos.

Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros y no puede alegarse ignorancia de ella para excusar su cumplimiento.

Los actos administrativos, tanto los generales como los individuales, gozan de presunción de legalidad y una vez en firme, por sí mismo, tienen fuerza ejecutoria, esto es, que la Administración puede ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento y tal fuerza ejecutoria sólo se pierde en excepcionales hipótesis, una de las cuales es cuando la jurisdicción contencioso administrativa lo anula

o suspende provisionalmente sus efectos. Pero, mientras ello suceda, los actos administrativos son de fatal y obligatorio cumplimiento.

En el ámbito del ahorro institucional, es obvio que la baja en los depósitos del público, constituye una situación indeseable y perjudicial, una de cuyas consecuencias automáticas es la de producir una desproporción con relación a las colocaciones. Con el ánimo de ayudar a las corporaciones a salir de esta clase de situaciones que todos aspiran a que sean transitorias, el sistema implantó los cupos de créditos en el FAVI y que naturalmente exigen no conceder nuevos préstamos, pues estos agravarían la situación viciosa que precisamente se trata de corregir.

El sistema de apoyo del FAVI a las corporaciones tanto para recibirles en depósito los excesos de liquidez como para concederles préstamos cuando acusen baja en los depósitos, es un mecanismo legal suficientemente conocido desde la iniciación del sistema que de ninguna manera puede calificarse como constitutivo de un acontecimiento incierto o imprevisible.

En los "actos de autoridad" que la ley menciona como ejemplo de exculpatorios con el carácter de "fuerza mayor", la jurisprudencia ha visto en especial los que sean ilegales o arbitrarios, pero el cumplimiento de una norma legal, que inclusive no es nueva, sino vieja y conocida, no puede considerarse como fuerza mayor, cuyo concepto está reservado a los acontecimientos que además de imprevisibles deben ser irresistibles. De aceptarse esa teoría resultaría imposible al Estado implantar o modificar sus políticas económicas, porque siempre se alegaría la existencia de una norma anterior que impide el cumplimiento de la nueva, lo que a todas luces resulta absurdo. Por lo brevemente expuesto, la Sala no puede sostener la tesis conforme a la cual lo ordenado por una Resolución de la Junta Monetaria (número 30 de 1979), es constitutivo de fuerza mayor que repercute en una exculpación para cumplir lo mandado en un Decreto posterior sobre ordenamiento de las colocaciones (Decreto 1084 de 1981).

4º Principio de favorabilidad.

No puede confundirse el llamado principio de favorabilidad de la ley penal posterior al hecho que se castiga, con los que regulan la vigencia de la ley en el tiempo.

En materias financieras son frecuentes las modificaciones de las regulaciones porque estas dependen de las circunstancias económicas del momento, pero la disminución y aún la supresión de un determinado deber no tiene efectos retroactivos a épocas anteriores, porque no se trata de normas de índole penal. Cuando se rebaja un encaje o una inversión obligatoria no puede alegarse esto como ley posterior favorable que exonere del cumplimiento de la norma que con anterioridad regía el encaje o la inversión.

Y menos aún, los plazos que nuevas normas den para cumplir obligaciones similares en años posteriores, que la demandante alega para justificar el incumplimiento de las dictadas años atrás.

5º Préstamo a industrias.

Del alegado préstamo hecho en el mes de enero de 1982 a industria productora de materiales de construcción que exoneraría de la inversión sustitutiva por el defecto mostrado en el balance de diciembre 31 de 1981 en sentir del demandante, sólo hay como prueba la aprobación por parte de la Junta Directiva mas no que se hubiera concretado y desembolsado realmente, es decir, que hubiera alcanzado a registrarse en el rubro de la cartera.

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

Falla:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(El presente proyecto fue estudiado y aprobado en sesión de Sala de la fecha).

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CAPITULO SEXTO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

PRESTACIONES SOCIALES OFICIALES. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. CREACION.—

1º Las de los EMPLEADOS PUBLICOS, es privativo del legislador ordinario o extraordinario.

2º Las de los TRABAJADORES OFICIALES, con arreglo al artículo 3º del Decreto 1045 de 1978 el régimen de sus prestaciones sociales puede estar gobernado por PACTOS, CONVENCIONES COLECTIVAS O LAUDOS ARBITRALES.

Suspéndese provisionalmente la siguiente frase del artículo 84 del Acuerdo 020 de 3 de octubre de 1972 dictado por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica: "Y A LAS PRESTACIONES CONTEMPLADAS EN LOS LAUDOS ARBITRALES DE 1965 y 1967 Y LAS CONVENCIONES COLECTIVAS FIRMADAS EN 1968 y 1970 ENTRE ICEL Y SU SINDICATO" respecto de los empleados públicos del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 2371. Autoridades Nacionales. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves.

Pablo Segundo Galindo Nieves presentó demanda, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitando la nulidad y la suspensión provisional del artículo 84 del Acuerdo 020 de 3 de octubre de 1972, dictado por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, en la parte que dice: "Y a las pretensiones contempladas en los Laudos Arbirtales de 1965 y 1967 y las Convenciones Colectiva firmadas en 1968 y 1970 entre ICEL y su sindicato".

Para resolver sobre la suspensión provisional se considera:

Tratándose de la acción propuesta, el artículo 152,2 del Código Contencioso Administrativo exige para que sea procedente la medida solicitada 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".

El artículo 84 del Acuerdo 020 de 3 de octubre de 1972 dictado por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica "ICEL", es del tenor siguiente:

"Los empleados y trabajadores de ICEL, tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales determinadas para los demás empleados públicos y trabajadores oficiales establecidas en los Decretos 3135 y 3148 de 1968 y normas reglamentarias o aquellas que los modifiquen o adicionen, y a las prestaciones contempladas en los Laudos Arbitrales de 1965 y 1967 y las Convenciones Colectivas firmadas en 1968 y 1970 entre ICEL y su sindicato" (fl. 20).

El demandante sustenta la petición de suspensión provisional alegando que la norma acusada quebranta los artículos 20 y 76,9 de la Constitución Política, así:

"1ª El acto acusado viola de manera manifiesta el artículo 20 de la Constitución Nacional.

"En este artículo se establece que 'los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son con la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas'. Es decir, que los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les permite la ley. Esto indica que si de acuerdo con el numeral 9º del artículo 76 de la Carta, corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos, el Acuerdo dictado por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, se opone manifiestamente al artículo 20 de la Constitución, pues resulta en abierta contradicción con él y no se necesita ningún esfuerzo intelectual para comprobarlo, sólo requiere de su transcripción.

"2ª Igualmente, el acto acusado viola de manera manifiesta, el artículo 76, numeral 9º, Constitución Nacional, pues resulta en abierta contradicción con él, bastando para comprobarlo la sola transcripción.

"Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones...

"9º Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el *'régimen de sus prestaciones sociales'* (subrayado mío), artículos que al cotejarlo con el artículo 84 del Acuerdo 020 de 1972 acusado se observa sin ningún esfuerzo intelectual la manifiesta violación de aquél por parte de éste (Acuerdo)" (fl. 40).

Para llegar a la conclusión de que el acto acusado quebranta el artículo 20 de la Constitución no sería suficiente la sencilla comparación exigida, al punto de que el propio demandante se ve obligado a construir un silogismo jurídico con la ayuda del artívulo 76 *ibídem.*

En cambio, la comparación entre el acto acusado y el artículo 20 de la norma constitucional conduce, inequívocamente, a la verificación de que, ciertamente como lo plantea el actor, es ostensible la violación de la norma de mayor jerarquía, pues, el primero sin tener rango de la ley dispuso sobre prestaciones sociales de ciertos *empleados públicos*, lo cual es privativo, con arreglo a la norma quebrantada, de las

leyes expedidas por el Congreso de la República o de las normas dictadas, con igual fuerza de ley, por el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias.

No ocurre lo propio respecto de los *trabajadores oficiales* para quienes con arreglo al artículo 3º del Decreto 1045 de 1978 el régimen de sus prestaciones sociales puede estar gobernado por pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales, como lo dispone la norma acusada.

Luego, la suspensión provisional se declarará en relación únicamente con los empleados públicos del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica.

Por lo expuesto se dispone:

Suspéndese provisionalmente la siguiente frase del artículo 84 del Acuerdo 020 de 3 de octubre de 1972 dictado por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica: "Y a las prestaciones contempladas en los Laudos Arbitrales de 1965 y 1967 y las Convenciones Colectivas firmadas en 1968 y 1970 entre ICEL y su sindicato", respecto de los empleados públicos del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica.

Además:

1º Admítese la demanda presentada por Pablo Segundo Galindo Nieves.

2º Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público al Director Ejecutivo del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica y al Presidente del Sindicato de Trabajadores que exista en dicho instituto y por estado.

3º Fíjese en lista por el término de 10 días para los efectos del artículo 107 del Código Contencioso Administrativo.

4º Solicítese al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica los antecedentes administrativos del acto acusado.

5º En fin, cópiese, comuníquese al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica y al Sindicato de Trabajadores aludido la suspensión ordenada y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

REVOCACION DIRECTA. CONSENTIMIENTO EXPRESO Y ESCRITO (art. 73 del Decreto 01 de 1984).—

No basta con informarle al titular de la situación jurídica particular o del derecho la eventual revocación del acto, sino que es menester obtener del mismo, su consentimiento expreso y escrito.

Suspéndese provisionalmente los efectos de la Resolución 0651 del 10 de julio de 1986, proferida por el Superintendente de subsidio familiar.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diez de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 2323. Autoridades Nacionales. Actor: Julio Luis Jácome de la Peña.

El demandante solicita se suspendan provisionalmente los efectos de la Resolución 0651 de 1986 proferida por la Superintendencia de Subsidio Familiar por medio de la cual se revocó la 0310 del 24 de abril del mismo año en cuanto se refiere a la aprobación de la elección de aquél como miembro del Consejo Directivo de Confamiliar del Atlántico Andi-Fenalco para el período 1986 - 1990.

Sustenta el actor su solicitud en la violación manifiesta del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la revocación se hizo sin su consentimiento expreso y escrito.

Para resolver se considera:

Ciertamente la Resolución 0310 del 24 de abril de 1986 emitida por la Superintendencia de Subsidio Familiar había aprobado la elección de los representantes de los patronos en el Consejo Directivo de Confamiliar del Atlántico Andi-Fenalco, entre los cuales se encontraba el demandante.

Posteriormente, encontrándose ejecutoriada la ameritada Resolución aprobatoria, el 1º de julio de 1986, por medio del acto acusado, invocándose la existencia de incompatibilidad en el elegido Julio Luis Jácome de la Peña para el ejercicio del cargo, se revocó la aprobación de su elección.

Además, se adujo en la Resolución acusada que para dar cumplimiento a lo previsto en el Decreto 01 de 1984, se ofició al demandante informándole la decisión que tomaría la administración en cuanto a la

aprobación de su designación como miembro del Consejo Directivo, sin que aquél se hubiera pronunciado al respecto.

Como es fácil advertirlo, evidentemente la Superintendencia de Subsidio Familiar revocó la Resolución 0310, que había creado una situación de carácter particular en relación con el demandante al aprobar su elección como miembro del Consejo Directivo de la caja de compensación familiar aludida, sin su consentimiento expreso y escrito, como lo exige el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

No basta con informarle al titular de la situación jurídica particular o del derecho la eventual revocación del acto, como se hizo en el *sub júdice*, sino que es menester obtener del mismo su consentimiento *expreso y escrito*.

Obviamente, también está demostrado sumariamente el perjuicio que sufre el demandante con la revocación a que se hizo referencia.

Reunidos los requistios exigidos por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, se ordenará la suspensión provisional de la Resolución acusada.

En mérito de lo dicho, se dispone:

Suspéndese provisionalmente los efectos de la Resolución 0651 del 10 de julio de 1986, proferida por el Superintendente de Subsidio Familiar. Comuníquese al Superintendente de Subsidio Familiar y a Confamiliar del Atlántico Andi-Fenalco.

Además, admítese la demanda presentada por Julio Luis Jácome de la Peña.

Fíjese en lista por 10 días para los efectos del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Solicítese a la Superintendencia de Subsidio Familiar el envío de los antecedentes administrativos.

Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público y al Superintendente de Subsidio Familiar y por Estado.

Cópiese y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. REGLAS.—

Artículo 152 del Decreto 01 de 1984 del Código Contencioso Administrativo.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LICITACION PUBLICA.

Artículo 28 del Decreto 222 de 1983. Definición. Participación de quienes puedan tener interés en contratar con la administración: ¿Puede restringirse?

PRODUCTORES DE BIENES U OFERTAS DE SERVICIOS.

(Art. 270 del Decreto 222 de 1983). En ningún caso se podrá eliminar la posibilidad de que presenten propuestas.

PRINCIPIOS EN LA LICITACION.

Igualdad de los licitantes, cumplimiento estricto del PLIEGO DE CONDICIONES. ACTOS SEPARABLES. ACTO QUE ORDENA LA APERTURA DE LA LICITACION PUBLICA. ACCION DE NULIDAD. A través de la acción de nulidad se puede hacer el control del acto separable que ordena la apertura de la licitación pública, y que el mismo pueda ser suspendido cuando, se dan las propuestas exigidas por la normatividad jurídica para tomar medida de tanta importancia. SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS SEPARABLES.

Decrétase la suspensión provisional de la Resolución 0228 de 24 de octubre de 1984, proferida por el Gerente General de Interconexión Eléctrica S. A. "ISA".

ACTOS SEPARABLES. CONCEPTO. CLASES. CONTROL.

1º Son 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.

2º No pueden ser sino las PRECONTRACTUALES.

a) Apertura de una licitación, y

b) La adjudicación de la misma.

3ºPueden ser "CONTROLABLES por medio de 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, de plena jurisdicción, sin importar QUE EL RESPECTIVO CONTRATO NAZCA O NO A LA VIDA JURIDICA.*

4º DOCTRINA expuesta por GEORGE VEDEL, JOSE ROBERTO DROMI.

a) CONTRATO ADMINISTRATIVO Y ACTO SEPARABLE. Consecuencia de la nulidad del segundo;

b) "CULPA IN CONTRA HENDO", o sea la regulación de las responsabilidades derivadas de los tratos previos al contrato,

se celebre o no este "PACTO PREPARATORIUM" y "PACTO CONTRAHENDO", "CONTRATO PRELIMINAR", "PRECONTRATO" O "VORVETRAG".

5º LEGITIMACION para demandarlas: La separabilidad de los actos administrativos precontractuales hace posibles su impugnación por terceros ajenos al contrato (Diferentes) en defensa de sus derechos e intereses.

6º ACTOS CONTRACTUALES. LEGITIMACION.

Demanda. Antes de la terminación o liquidación del contrato (ES DIFERENTE EL ACTO SEPARABLE).

7º PROCEDIMIENTO aplicable al proceso; ordinario. DERECHO ADMINISTRATIVO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 5050. Nulidad. Actor: Cámara Colombiana de la Construcción "CAMACOL". Demandado: Interconexión Eléctrica S. A. "ISA".

I

La Federación Colombiana de Industrias Metalúrgicas (FEDEMETAL); Federación Colombiana de Fabricantes de Estructura Metálicas (FEDESTRUCTURAS), de la Cámara Colombiana de la Construcción (CAMACOL) y de la Federación de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas, Eléctricas y Mecánicas de Colombia (FETRAMECOL), por conducto de apoderado, legalmente constituido, y en ejercicio de la acción de nulidad que se consagra en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitan que en sentencia definitiva proferida por esta Corporacón, "...oídas las partes y el Ministerio Público y agotado el procedimiento ordinario respectivo, se decrete la nulidad de la Resolución número 0228 de 1986, octubre 24, emanada de la Gerencia General de las empresas industriales y comerciales del Estado denominada Interconexión Eléctrica S. A. —ISA—, con personería jurídica y domiciliada en Medellín, incluida la relación de firmas y consorcios precalificados que hace parte integrante de tal providencia".

En escrito separado, presentado antes de decidir sobre la admisión de la demanda, el apoderado de la parte actora solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución impugnada.

En apoyo de sus pretensiones el referido mandatario judicial hace, entre otras, las siguientes valoraciones de orden jurídico y fáctico:

"7. En la Resolución número 0228 de 1986, antes citada, se dispone que: 'Unicamente podrán participar en esta licitación las firmas y consorcios que fueron precalificados para la construcción y el montaje de línea de transmisión a 500 Kv. San Carlos - Sabanalarga, segundo circuito, cuya lista se anexa a la presente Resolución y las firmas fabricantes de materiales para líneas de transmisión que estén debidamente

inscritas, clasificadas y calificadas en el Registro de Proponentes de ISA, que se asocien con las firmas y consorcios que fueron precalificados para la construcción y el montaje de la línea de transmisión a 500 Kv. San Carlos - Sabanalarga, segundo circuito'.

"'A la misma Resolución se anexó una lista de 23 firmas y consorcios precalificados, que corresponden a países extranjeros, y solamente dos (2) son colombianos'.

"8. Si bien en la parte resolutiva de la misma Resolución se dice que ISA hizo antes de expedirla una precalificación 'de las firmas y consorcios constructores de obras civiles y montadores de líneas de transmisión *interesados en participar en la construcción de la línea de transmisión de 500 Kv. San Carlos - Sabanalarga, segundo circuito*' (Subrayado), 'en cumplimiento de lo prescrito por el Banco Interamericado de Desarrollo —BID—, entidad financiera del proyecto', la precalificación está contrariando la disposición contenida en el Anexo B del citado contrato de empréstito, número 11-A, cláusula transcrita en el hecho 3 de esta demanda, en la cual se dispone que en los trámites de la licitación *debe permitirse la libre concurrencia de proveedores y o contratistas*, sin que puedan imponerse condiciones que limiten o restrinjan la oferta de bienes y la participación de contratistas.

"Por lo demás, licitaciones públicas como la ordenada en la Resolución número 0228 citada, contrarían, con esa precalificación, la disposición del artículo 276 del Decreto extraordinario 222 de 1983, que porhíbe atar créditos externos, o su financiación con la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia específica.

"En tales condiciones, con esa precalificación la licitación dejó de ser pública, y excluyó a los numerosos interesados colombianos en participar en ella.

"14. El sector eléctrico nacional no pudo informarse oportunamente de la Resolución 0228 de 1983, ya que, como está dicho, de ella *no se ordenó su publicación sino su comunicación* (a quienes fueron favorecidos con la precalificación). Por tal razón, la Resolución en cuestión hizo imposible el ejercicio de la petición de desagregación de que trata el artículo 277 del Decreto extraordinario 222 de 1983, para que se modificara el pliego de condiciones, derecho consagrado en esa norma a 'todo productor o proveedor nacional o su agente o representante, que considere que puede ofrecer bienes nacionales o que sirvan para los mismos fines'.

"Sin embargo, inmediatamente después de que se publicó en la prensa escrita el 5 de noviembre de 1986 el aviso de convocatoria al concurso licitatorio en referencia, la Directora Ejecutiva de FEDESTRUCTURAS dirigió comunicaciones al Gerente General de ISA insistiendo en la desagregación. En respuesta, dicho Gerente le envió a FEDESTRUCTURAS el Oficio GG-86, número 15187 de 26 de noviembre de 1986, en el cual le dice que 'la empresa que represento ha decidido no desagregar ni fraccionar la licitación de la referencia' (o sea la RTL-500). Fue, pues, decisión de ISA, no del BID.

"15. En la respuesta aludida en el hecho anterior, ISA dio como argumento de su negativa: a) Que la industria nacional no estaba en

condiciones de cumplir el contrato, por no estar en capacidad de producir la totalidad de las estructuras, calculadas en 15.000 toneladas, en el plazo requerido de nueve (9) meses y con la calidad exigida; b) Que no podría cumplir en ese plazo, y el proyecto no se podría poner en funcionamiento 'en la fecha requerida para el país' (?); c) Que el hecho de no desagregar no impedía la participación de firmas locales en forma parcial 'como miembros del consorcio o como subcontratistas', y d) Reconoce que los fabricantes nacionales de estructuras tienen una experiencia de producción que supera las 2.000 toneladas, exigencia requerida en el pliego de condiciones.

"16. Estos argumentos son fácilmente desvirtuables: Primero, porque ISA ha reconocido esa experiencia; y además, porque esa capacidad productiva se demuestra en el informe denominado 'La electrificación en Colombia 1971 - 1972', publicado por el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica —ICEL—, y con el Censo Nacional de Fabricantes de Estructuras Metálicas, de 1985, elaborado por FEDESTRUCTURAS.

"En la Carta número FDS-277-86 que el 27 de noviembre de 1986 dirigió la Directora Ejecutiva de FEDESTRUCTURAS al doctor Fernando Paneso Serna, Viceministro de Desarrollo Económico, en relación con la Licitación Pública Internacional RTL-500, se analiza la suficiente capacidad productiva de la industria nacional para atender los requerimientos de dicha licitación.

"A pedidos de ISA, el Centro de Investigaciones para el Desarrollo Integral, de la Universidad Pontífica Bolivariana de Medellín, realizó un estudio del cual se deduce la suficiente capacidad nacional para la producción de estructuras y cables requeridos para los próximos años, estudio con base en el cual el BID autorizó la Licitación Nacional RTL-230 para el suministro de estructuras metálicas y cables para la línea Ancon Sur - Esmeralda, en 1986.

"17. En respuesta a una solicitud de desagregación de la comentada Licitación RTL-500, hecha por FETRAMECOL, el Gerente de ISA le dirigió la comunicación número 01448 de 10 de febrero de 1987, en la cual se refiere a la precalificación citada, realizada entre marzo y julio de 1986, se mencionó la reunión celebrada en el Palacio de Nariño, se informó que 23 firmas compraron el pliego de condiciones de la precalificación (lo que comprueba la existencia de dos licitaciones sobre el mismo objeto contractual), acepta que la precalificación 'se refería sólo a la construcción y montaje' (lo que demuestra que para la Licitación RTL-500 se cambió el objeto del contrato), y anota que fue el BID el que no autorizó la desagregación, contradiciendo la manifestación que ISA formuló a FEDESTRUCTURAS, antes registrada, según la cual fue ISA la que decidió no desagregar, según se anotó en el hecho 14 de esta demanda.

"18. En Colombia existen aproximadamente 200 talleres que producen o están en capacidad de producir las estructuras metálicas que requieren los proyectos eléctricos del país, según lo indica el censo levantado. Hay seis (6) organizaciones que producen más de 200 toneladas mensuales de esas estructuras, y nueve (9) que producen entre 100 y 200 toneladas mensuales, y seis (6) que producen entre 50 y 100 toneladas mensuales; hay 22 que producen entre 20 y 50 toneladas al

mes y veinte (20) talleres que producen entre 10 y 20 toneladas de tales estructuras. O sea que la industria nacional está en capacidad de realizar el contrato que pretende la Licitación Pública RTL-500.

"Esa industria estará más subutilizada con la negativa de desagregar la Litación RTL-500, en desmedro de la economía nacional, en particular de la del sector eléctrico, y con grave violación de las normas legales protectoras de la industria y del trabajo nacionales, contenidas en el Decreto extraordinario 222 de 1983 y sus disposiciones complementarias.

"Por lo demás, es significativo que mientras los programas del actual Gobierno, como los del anterior, son de dar esa protección, licitacones como la que ahora se controvierte desconozcan tales propósitos, que son necesidades nacionales. Con hechos se desconoce el derecho y los programas gubernamentales, estableciendo una odiosa discriminación, siendo como es que la industria colombiana está en capacidad de competir en igualdad de circunstancias con la foránea.

"Esa discriminación viene convirtiéndose en tradicional. Así, se aplicó en el proyecto Base Naval del Pacífico, Colpuertos OC-01-86, línea de interconexión con Arauca, Anillo del Valle de Aburrá, Metro de Medellín y otros".

II

"Concepto de violación. Normas violadas"

Bajo este rubro el apoderado de las firmas demandantes hace las siguientes precisiones de orden jurídico:

"Con la Resolución número 0228 de 1986 mencionada, se violaron diversas normas legales y constitucionales por los motivos que a continuación se explican:

"1. Se violó el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, según el cual los actos administrativos de carácter general deben ser publicados en los medios de comunicación oficiales, por cuanto dicha Resolución es un acto administrativo, de carácter general, de la cual sólo se ordenó su comunicación.

"2. Se violó el artículo 277 del Decreto extraordinario 222 de 1983, en cuanto autoriza u otorga el derecho a solicitar, por parte de 'todo productor o proveedor nacional o su agente representante' que tenga interés, al organismo que hubiere abierto una licitación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la apertura de la misma, 'que se modifiquen las especificaciones técnicas con el objeto de que se le dé oportunidad de participar en ella', toda vez que al no ser publicada la Resolución número 0228 de 1986, citada, los productores y proveedores nacionales del sector eléctrico no tuvieron la oportunidad de ejercitar ese derecho. Hicieron la reclamación con posterioridad, cuando se publicó el aviso de prensa sobre las fechas del concurso, pero sus solicitudes fueron negadas por ISA, como está explicado.

"Las agrupaciones gremiales que son actores en esta demanda, reúnen a las más importantes asociaciones de empresas, talleres y trabajadores del sector eléctrico nacional, que tienen por tanto el

mayor interés directo en que se respeten y observen las normas legales protectoras de la industria y el trabajo colombianos, y que al ser desconocidos esos derechos con la licitación pública RTL-500, ven afectados gravemente esos intereses, en desmedro, también de la economía nacional.

"3. Se violaron los artículos 28 y 30 del Decreto extraordinario 222 de 1983, que respectivamente señalan los caracteres distintivos de una licitación pública y el procedimiento que debe observarse para su desarrollo.

"a) En efecto, la licitación pública es allí definida como una invitación pública hecha a un número indeterminado de personas para que participen en el concurso y la hecha en la Resolución número 0228 de 1986, comentada, está dirigida a personas determinadas, las firmas y consorcios precalificados, 23 en total, descartando así a los demás productos y proveedores nacionales, por lo cual, de pública esa licitación no tiene el nombre;

"b) El procedimiento de la licitación pública prescrita en el artículo 30 citado, fue desconocido. En efecto, introduce una precalificación, con invitación previa (que además descarta a la generalidad de posibles proponentes), instituyendo así una doble licitación: Una para la precalificación y otra para los precalificados. La primera no está prevista en la Legislación Colombiana.

"Además, por ser licitación internacional, ella desconoce o ignora la disposición del artículo 272 del Decreto extraordinario 222 de 1983, según el cual cuando se puedan ofrecer bienes de origen extranjero es 'indispensable' obtener del INCOMEX información previa acerca de si los bienes que se piensa adquirir, se producen total o parcialmente en el país, información que en este evento no se solicitó ni obtuvo.

"En consecuencia, también se violó ese artículo 272 y el 6º del Decreto número 1356 de 1984.

"4º Se violaron los artículos 268 y 270 del Decreto extraordinario 222 de 1983, por cuanto el primero de ellos ordena preferir en las contrataciones a la producción nacional, y a la oferta de servicios nacionales lo cual hace de manera general y absoluta, preferencia que se desconoció en la aludida Resolución número 0228, no permitiendo, siquiera, la desagregación en favor de la industria y el trabajo nacionales. Por lo mismo, se violó el artículo 1º del Decreto número 1356 de 1984.

"Y por cuanto el artículo 270 citado, a manera de prohibición dispone que '*en ningún caso* se podrá eliminar la posibilidad de que productores de bienes u oferentes de servicios, de origen nacional, presenten propuestas' (se subraya), y tanto la invitación de la precalificación como la Resolución número 0228 de 1986, mencionada, hicieron esa eliminación, prohibida de manera absoluta. El hecho de que dos firmas colombianas hayan sido precalificadas, en dada desvirtúa la violación, por cuanto tanto la invitación como la Resolución cuestionada, no dieron margen a la posibilidad de que todos los industriales colombianos del área energética pudieran hacer las correspondientes propuestas.

"Por las mismas razones se violó el artículo 4º del Decreto 1356 de 1984.

"5. Se violó el artículo 273 del Decreto extraordinario 222 de 1983, que dispone que cuando se trate de contratación de algunos bienes de procedencia extranjera, para proteger la industria y el trabajo nacionales, debe desgregarse tecnológicamente la licitación para lograr una mayor desagregación. Como en el caso de la Licitación RTL-500 el aporte financiero del BID sólo fue del 40% del costo del proyecto, según se indica en el Anexo A del Contrato de Empréstito Externo citado, si se pretendía obtener bienes de procedencia extranjera era forzoso solicitar previamente los informes de INCOMEX previstos en tal artículo 273 a fin de lograr esa mayor desagregación, requisito que no se satisfizo. Por lo mismo se violó el artículo 6º del Decreto 1356 de 1984, y su artículo 8º.

"6. Se violó el artículo 276 del Decreto extraordinario 222 de 1983, que prohíbe atar los créditos externos a la adquisición de bienes o a la prestación de servicios de procedencia específica. Es obvio, que si se discriminaron los requisitos para poder ser proponente en la licitación de precalificación, gracias a lo cual sólo dos firmas colombianas fueron precalificadas dentro de veintitrés (23) seleccionadas, y si para ser proponente en la Licitación RTL-500 se exigía haber sido precalificado, todo conduce a la conclusión inevitable de que el adjudicatario final del contrato de obra licitado, será una firma extranjera y extranjeros los bienes que se utilicen para ejecutarlo. Por iguales razones, se violó el artículo 13 del Decreto 1356 de 1984.

"En efecto, en el 'Pliego de Precalificación para la Línea RTL-500', Capítulo II número 11.01, se exigen requisitos tales como una experiencia mínima de cinco (5) años, y de diez (10) años en ejecución de construcción y montaje de líneas de 500 Kv., cerrando así las puertas a la nueva industria nacional, y un capital de trabajo de trescientos millones de pesos ($ 300.000.000.oo), condición ésta que imposibilitada para concursar a gran parte de nuestra naciente industria, generalmente de medianos recursos económicos, pero con capacidad para atender el pretendido contrato.

"7. Tanto en el Contrato de Empréstito 195/IC-CO, Anexo B, Capítulo III, punto A-6-d), como en el 'Pliego de Precalificación para la línea RTL-500', capítulo de 'Condiciones Principales del Contrato', se dispone que prevalecen las condiciones del préstamo en cuestión sobre las leyes colombianas, cuando entren en contradicción, disposición que no tiene apoyo en el Convenio Constitutivo del BID, y que resulta violatorio de los artículos 2º y 11 de la Constitución Nacional, normas que ubican la soberanía en la Nación y establecen igualdad jurídica entre extranjeros y nacionales, y que fueron no sólo desconocidas sino además transgredidas de manera flagrante.

"Los privilegios a los extranjeros sólo pueden ser reconocidos en tratados públicos (C. C., art. 18 y C. P. M. art. 57) y el contrato de Empréstito Externo citado no es un tratado sino un contrato, como su nombre lo indica, razón por la cual también se violaron esas normas.

"8. Se violaron los artículos 285 del Decreto extraordinario 222 de 1983 y artículo 22 del Decreto reglamentario 1356 de 1984, que consagran la norma de que los Pliegos de Condiciones de las Licitaciones Internacionales *deben indicar* con claridad 'los márgenes de protección otorgados a los productores nacionales'. Se violaron, pues se observa que ni los 'Pliegos de Precalificación' ni los Pliegos de Condiciones de la Licitación RTL-500 se ocuparon en parte alguna de señalar esos márgenes, ignorando olímpicamente esas normas que son imperativas, omisión que borra de manera absoluta todo el esfuerzo legislativo dirigido a la protección de la industria y el trabajo nacionales.

"9. Se violó el artículo 27 del Decreto extraordinario 222 de 1983, en cuanto al definir la licitación dispone que es una invitación para seleccionar al contratista 'en igualdad de oportunidades', y ya está visto conforme a las explicaciones anteriores, que no se dio esa igualdad, dado que a los productores nacionales se les hizo imposible su concurrencia al concurso por las condiciones exigidas a los proponentes en cuanto a tiempo de experiencia y capital. Exigir igualdad de 'oportunidades' no es simplemente una referencia al tiempo para proponer, sino una igualdad de las condiciones objetivas requeridas para esa concurrencia, que al hacerlas gravosas elimina a presuntos proponentes que también estarían en capacidad de concursar.

"10. Se violó doblemente el artículo 28 del Decreto extraordinario 222 de 1983 que define la Licitación Pública y la Privada.

"a) En cuanto ordenó una *Licitación Privada* la Resolución 0228 de 1986, mencionada, toda vez que en ellas se invita a participar en el concurso únicamente a quienes hayan sido precalificados. O sea que en esa Resolución la invitación está hecha 'en forma directa a los posibles contratistas', como reza el artículo 28, citado, para definir la privada. Y de conformidad con el Contrato de Empréstito Externo citado, era forzoso selecionar al contratista mediante licitación pública;

"b) Se violó por falta de aplicación *de la licitación pública*, por cuanto la Resolución 0228 citada ordena es una licitación privada, siendo obligatorio seleccionar al contratista mediante la pública.

"*Fue pública la licitación para precalificar* en cuanto fue invitación a personas indeterminadas, pero no lo fue en cuanto negó la igualdad de oportunidades a los interesados en proponer, haciendo casi absolutamente imposible la concurrencia de los nacionales.

"*Y fue privada* la llamada 'Licitación Pública Internacional RTL-500' por cuanto contiene una invitación a concursar hecha directamente a personas determinadas, las conocidas como precalificadas, aunque es obvio que no sigue las reglas del artículo 32 del Decreto 222.

"11. Se violó el artículo 83 del Decreto extraordinario 222 de 1983, que ordena celebrar los contratos de obras públicas 'previa licitación pública'. En efecto, el contrato que se pretende con la licitación que se comenta *es de obra pública*, como lo reconoce expresamente los 'Pliegos de la Precalificación' al decir que 'los trabajos se ejecutarán básicamente por el sistema de precios unitarios y globales', modalidad del contrato de obra contemplada en el artículo 82 del mismo Decreto-ley.

"Igualmente es contrato de obra para el Pliego de Condiciones de la Licitación Internacional RTL-500, no sólo por la descripción que hace el objeto, sino porque según su numeral 2.1.1.2. del Punto 23, sólo admite como concursante a quienes estén inscritos en el 'Registro de Constructores de ISA'. Además, en la minuta del contrato que se adiciona a tal Pliego, Cláusula Cuarta, se dice que 'el presente es un contrato a precios unitarios y globales fijos, tal como se define en el artículo 106 del Decreto 222 de 1983, norma que hace parte del Capítulo denominado 'Contratos de obra pública por el sistema de Concesión'.

"De otra parte, el valor del contrato es muy superior a cincuenta millones de pesos ($ 50.000.000.oo), para los cuales es forzosa la licitación pública, y ya se anotó que la Resolución 0228 de 1986, citada, sólo abre una licitación privada o pseudo privada.

"Es claro que hay correspondencia entre el monto del empréstito externo citado y el contrato objeto de la licitación. En el Contrato de Préstamo número 195/IC-CO, Cláusula 1.0.1. se señala un monto hasta por US$ 115.800.000.oo más otros recursos.

"Además, en la Cláusula 6.13 de dicho contrato de préstamo dice que para 'la adquisición de maquinaria, equipos y otros bienes del proyecto y en la adjudicación de contratos para la ejecución de obras, *deberá utilizarse el sistema de licitación pública en todos los casos en que el valor de dichas adquisiciones o contratos exceda el equivalente de doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US$ 200.000.oo)*' (Subrayado).

"Si tal norma agrega que 'las licitaciones se sujetarán a los procedimientos que el banco y el prestatario acuerden', es claro que dichos acuerdos deben guardar conformidad con lo dispuesto en el Anexo B del mismo contrato, números 11-A, cuya cláusula ordena permitir la libre concurrencia de proveedores y contratistas, y prohíbe limitar o restringir la oferta de bienes y la participación de contratistas originaros de países afiliados al BID (Hecho 4 de la demanda).

"Tampoco puede perderse de vista que el Anexo B del Contrato de Préstamo, III, 4, 1) dice que 'el pago de impuestos, de las tasas, de las contribuciones *y el sometimiento a las leyes colombianas*' (Subrayado), deben ser prescripciones que se anuncien en los pliegos de las licitaciones para contratos de construcción de obras y adquisición de bienes.

"ISA, pues, no tuvo en cuenta esta disposición.

"12. Por una errónea interpretación de los términos y contenido de las cláusulas del Anexo B del aludido contrato de empréstito, ISA introdujo modificaciones al procedimiento de licitación, no previstas en ese contrato ni en la ley nacional, creando equivocadamente una etapa de precalificación equivalente a una licitación pública, y violando así el artículo 30 del Decreto extraordinario 222 de 1983 en cuanto le introdujo tal etapa no contemplada; y violando también el artículo 44 del mismo estatuto, en cuanto convirtió en licitación pública lo que conforme a esta norma no es sino una evaluación interna de la entidad contratante, hecha sobre el Registro de Proponentes, y rela-

cionada apenas con la inscripción, la clasificación y la calificación de los inscritos.

"Tómese nota de que el referido Anexo B en la parte pertinente citada, tan sólo menciona el Registro de los Proponentes, y alude a una preclasificación equiparable sólo a la calificación y clasificación a que se refiere tal artículo 44. Pero ISA entendió erróneamente que para realizar esa clasificación y calificación debía hacer una licitación pública, y lo hizo con el nombre de precalificación, acompañándole el respectivo Pliego de Condiciones y los llamados a concursar, hechos en la prensa escrita. De esa manera produjo dos licitaciones, pública la primera, privada, la definitiva y segunda, alterando así el sentido de la norma contractual y de la legal citada.

"13. Se violó el artículo 286 del Decreto extraordinario 222 de 1983, y se explica:

"El Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo fue firmado por la República de Colombia el 8 de abril de 1959 en la ciudad de Washington, aprobado por el Congreso Nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 76-18 y 120-20 de nuestra Constitución Política mediante la Ley 102 de 1959, y ratificado, al ser depositado el respectivo instrumento de ratificación ante la Unión Panamericana, el 21 de diciembre de 1959, entrando en vigor el 30 de diciembre de ese mismo año. El Acuerdo Constitutivo del BID fue modificado en varias oportunidades, enmiendas aprobadas por el Congreso de la República mediante las Leyes números 38 de 1971, 8 de 1972 y 15 de 1977 respectivamente. Además de los Acuerdos Multilaterales antes mencionados, la República de Colombia y el BID firmaron en Bogotá el 7 de febrero de 1968 un Convenio Bilateral referente a los privilegios e inmunidades de la entidad financiera internacional en Colombia, aprobado mediante la Ley 44 de 1968 cuya ratificación fue notificada al BID el 6 de diciembre de 1968, de conformidad con lo dispuesto en su artículo noveno, y entró en vigor ese mismo día. Tales serían los *Convenios-Tratados* vigentes entre Colombia y el Banco Interamericano de Desarrollo, cuyas disposiciones tienen carácter internacional y gozan de primacía sobre las disposiciones de Derecho Interno Colombiano, según la jurisprudencia continua y reiterada, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, fundamentada en la conocida teoría del 'Acto complejo de Derecho Internacional', vigente en el país desde 1914. Todos los demás Convenios celebrados por el BID con entidades públicas colombianas, sólo pueden considerarse como *'Convenios-Contratos'*, es decir, como Contratos-Administrativos bajo el amparo de claras disposiciones de Derecho Interno y más especialmente del Decreto 222 de 1983, sin que la personería jurídica internacional de una o de ambas partes, pueda otorgarles el carácter de Tratados Internacionales o de Convenios-Tratados.

"Refiriéndose más especialmente a los llamados 'Contratos de Préstamo' o 'Contratos de Empréstito Externo', la Corte Suprema de Justicia en sus fallos de julio 3 de 1975, octubre 23 de 1975 y agosto 26 de 1976, señaló expresamente que 'estos contratos no son Tratados Públicos que se rijan por los artículos 76-18 y 120-20 de la Carta' (Sentencia de julio 3 de 1975) y que por el contrario que 'en esta clase de contratos el Gobierno, así se entienda en los términos del artículo 57-1

de la Carta, o el Estado, entendiendo por tal todas las reparticiones políticas o administrativas que lo integran territorialmente, o los órganos de Gobierno de cada parte de ellos con capacidad legal para actuar en el terreno que se comenta, *deben someterse rigurosamente a las leyes nacionales*, aunque una de las partes contratantes del empréstito, sea una entidad pública o privada extranjera' (Sentencia de agosto 26 de 1976 de la Corte Suprema de Justicia). En ese mismo fallo, la Corte Suprema de Justicia, respetuosa del sistema dualista, imperante en el país por mandato constitucional, con primacía del Derecho Internacional que consagra la jurisprudencia nacional, señala como única excepción 'el necesario mecanismo intermedio de un Tratado público', para descartar las disposiciones internas sobre contratación administrativa y aplicar normas diferentes pactadas mediante Tratado aprobado por el Congreso Nacional y debidamente ratificado según los claros mandamientos de nuestra Constitución Política. En ese sentido debe interpretarse el *artículo 286* del Decreto 222 de 1983 cuando señala 'salvo lo que se estipule en convenios suscritos con entidades gubernamentales de crédito o con instituciones financieras internacionales de carácter público'.

"El concepto de 'Convenios' a que se refiere el artículo antes mencionado, debe entenderse única y exclusivamente aquél de 'Convenio-Tratado' y no de 'Convenio-Contrato' para que sea acorde con las disposiciones constitucionales sobre celebración y aplicación de normas internacionales.

"14. Con el fin de ajustar nuestros argumentos al caso específico objeto de la presente demanda, es indispensable recordar a los honorables Magistrado que ISA en su comunicación número 01448 de febrero 10 de 1987 dirigida al doctor Marco A. Córdoba, en su calidad de Presidente de FETRAMECOL, afirma que el BID negó su autorización para la desagregación de la Licitación RTL-500 y sólo aceptó 'que se apliquen márgenes de preferencia a la industria nacional hasta por un 15% a pesar de que de acuerdo con sus normas, cuando el objeto de la licitación incluye construcción de obras, estos márgenes de preferencia no son aplicables'. De los argumentos presentados por ISA para justificar la no desagregación de la licitación, según claras disposiciones internas, aparece la voluntad de otorgarle primacía al Contrato de Préstamo número 195/IC-CO de diciembre 18 de 1986, y más específicamente del Anexo B del mismo sobre 'procedimiento de licitaciones', sobre las normas nacionales vigentes que rigen la materia. Aparece expresamente la voluntad de considerar al 'Contrato de Préstamo' como un verdadero 'Convenio-Tratado', cuando en realidad se trata de un 'Convenio-Contrato' que se rige exclusivamente por el Derecho Nacional. Con el ánimo de precisar nuestra afirmación anterior, analizaremos a continuación la naturaleza jurídica del 'Contrato de Préstamo' número 195/IC-CO, así como la ley aplicable al 'proyecto de refuerzos de transmisión eléctrico, 1985 - 1990', cuyo financiamiento otorga el BID a la empresa ISA.

"15. La naturaleza jurídica del Contrato de Préstamo número 195/IC-CO se explica así: El artículo XI del Convenio Constitutivo del BID establece en su Sección 2 que 'el Banco tendrá personalidad jurídica y, en particular, plena capacidad por: a) Celebrar contratos,...'.

A la luz de lo anterior no cabe duda sobre la personería jurídica del BID como sujeto de Derecho Internacional, siguiendo por analogía la famosa opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, expedida el 11 de abril de 1948, mediante la cual se estableció claramente que los organismos internacionales no podían considerarse como entidades de Derecho Público interno sino de carácter internacional.

"En ese sentido el BID puede celebrar Tratados con Estados u Organismos Internacionales, cobijados por las disposiciones del Derecho Internacional Público. Cabe anotar que la personería jurídica internacional de que goza el BID no tiene como consecuencia que los Acuerdos que pueden pactar con Estados, tengan, por ese motivo, el carácter de Tratado Internacional. Bien puede actuar el BID como sujeto de Derecho Internacional privado y no como de Derecho Internacional Público, cuando el Acuerdo queda amparado por una legislación nacional, como sucede en el caso de los Contratos de Préstamo que otorga cualquier entidad financiera internacional. Así mismo se puede anotar que los contratos que celebre el BID, entre los cuales figuran los Contratos de Préstamo, según el Acuerdo Constitutivo de 1959, artículo XI, Sección 10, deben fundamentarse en la Legislación Interna del respectivo Estado Prestatario:

"'Sección 10. Cumplimiento del presente artículo. Los países miembros adoptarán, de acuerdo con su régimen jurídico, las disposiciones que fueren necesarias a fin de hacer efectivos en sus respectivos territorios los principios enunciados en este artículo, y deberán informar al banco de las medidas que sobre el particular hubiere adoptado'.

"Queda claro que la norma de Derecho Internacional Positivo vigente en las relaciones jurídicas Colombia-BID establece expresamente que la capacidad de la entidad financiera interamericana para celebrar contratos debe entenderse a la luz del ordenamiento jurídico de cada Estado, bien sea expedido especialmente para atender las exigencias de esos Contratos o, la normatividad ordinaria cuando sea compatible con la práctica del organismo internacional. De todos modos, si el Estado prestatario no expide una legislación para señalar los principios contractuales aplicables en ese caso, debe entenderse que los 'Contratos BID' quedan regulados por el Derecho Interno Ordinario. En ese sentido, reviste especial interés la Sección a, del artículo 4.01, Capítulo IV de la Parte Segunda del Contrato de Préstamo número 195/IC-CO, cuando señala como requisito para el primer desembolso a cuenta del financiamiento, lo siguiente:

"'a) Que el Banco haya recibido uno o más informes jurídicos fundados que establezcan, con señalamiento de las pertinentes disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, que las obligaciones contraídas por el Prestatario en el Contrato y las del Garante en el Contrato de Garantía en su caso, sean válidas y exigibles...'.

"De ahí se desprende una relación de compatibilidad jurídica entre las normas contractuales y las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, como consecuencia de los mencionados informes jurídicos, hasta tanto surja un conflicto normativo que pueda resolverse a favor de uno u otro ordenamiento jurídico.

"En el caso específico del Contrato de Préstamo BID-ISA de diciembre 18 de 1986, la Cláusula 8.03 del Capítulo VIII de la Primera Etapa, desea otorgarle al Contrato un carácter supranacional equivalente al de un 'Convenio Tratado de la siguiente manera:

" 'Cláusula 8.04 —Validez—. Los derechos y obligaciones establecidos en este contrato son válidos y exigibles de conformidad con los términos en él convenidos, sin relación a legislación de país determinado'.

"Al considerar la posibilidad de sustraer la aplicación de una ley nacional en un Contrato Internacional para justificar únicamente la aplicación del Derecho Internacional Positivo, el *Repertoire de Droit International* de la enciclopedia Dalloz, tomo 1, página 565, puntos 25 a 29, dice lo siguiente: 'El principio de la libertad de las partes tiene tanta importancia en los contratos de carácter internacional que podrían establecer que el contrato no obedece a ley alguna y constituye de por sí la ley aplicable entre las partes. Se invocan en ese sentido, la dificultad existente para poder determinar la ley aplicable cuando el contrato mantiene vínculos con varios sistemas jurídicos, sin que aparezca ninguno con carácter preponderante o cuando ninguna de las leyes en conflicto sean conveniente para regir el contrato, tanto por sus dimesiones como por sus características'.

"En el caso específico del Contrato de Préstamo BID-ISA, el vínculo jurídico aparece directamente con la legislación colombiana y no podría aplicarse una normatividad supranacional sin vulnerar el artículo XI, Secciones 2 y 10, del Acuerdo Constitutivo del BID de 1959.

"A renglón seguido el *Repertoire de Droit International* descarta la aplicación de una norma similar a la de la Cláusula 8.03 de la Parte Primera del Contrato número 195/IC-CO, al mencionar la sentencia de la Corte de Casación de Francia (CIV, 21 de junio de 1959, Asunto *Messageries Maritimes*, D. 1951, 749, Nota Hamel, 3.1951, 11, Nota Nibboyet, JCP, 1950) que dice: 'Todo contrato internacional necesariamente queda vinculado a la ley de un Estado'. Así mismo se menciona la jurisprudencia alemana de mayo 28 de 1983, Reichsgericht, en ese mismo sentido. Por consiguiente el hecho de desligar un contrato internacional de la aplicación de cualquier ley nacional, no tiene fuerza suficiente para calificarlo de Convenio-Tratado cuando es Convenio-Contrato entre un organismo financiero internacional y un Estado determinado.

"La jurisprudencia nacional es aún más tajante cuando se refiere a los contratos de Empréstito Externo y establece la diferencia entre Convenio-Tratado y Convenio-Contrato. En su sentencia de julio 3 de 1975 la Corte Suprema de Justicia analizó los conceptos de Tratado y de Convenio de la siguiente manera:

"2ª La diferencia entre Tratados y Convenios destacada en la Constitución de 1886, pero no precisada por el constituyente, desapareció en la Reforma de 1945-1968 con la facultad presidencial de celebrar 'tratados o convenios' (art. 120-20) y la función del Congreso de aprobar o improbar 'los tratados o convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional' (76-18). Hoy constitucionalmente no hay diferencia entre Tratados y Conve-

nios con otros Estados o entidades de Derecho Internacional, entendiéndose por éstos los que tiene, además de su carácter jurídico, carácter público.

"3ª Pero, la diferencia entre *contratos o convenios* que celebre el Gobierno con particulares, compañías o entidades públicas, en los cuales tenga interés la Nación y los *tratados o convenios* que también celebre con otros Estados o entidades de derecho internacional, se destaca notoriamente y es necesario precisar. Los contratos o convenios que el Gobierno celebre para el servicio público están regulados por los artículos 76, ordinales 11 y 16, y hacen parte de la función que al Presidente corresponde como suprema autoridad administrativa artículo 120-13 de la Carta; estos contratos se garantizan solamente con la responsabilidad económica del Estado; y aunque las partes contratantes sean organismos o agencias extranjeras o de carácter internacional, las vinculaciones que se contraen no son de orden político.

"En cambio, los tratados o convenios con otros Estados o entidades de derecho internacional tienen su fundamento en los artículos 76-18 y los celebra el Presidente como Jefe del Estado, artículo 120-20; y en estos, el Estado actúa como sujeto de derecho internacional.

"Cada uno tiene tramitación especial, 'que desde el punto de vista constitucional que preocupa el actor se precisa así; los contratos pueden pactarse con autorización previa del Congreso en los términos del 76-11; no así los tratados que requieren posterior aplicación de la norma legislativa (76-18)'.

"En la misma sentencia, la Corte Suprema de Justicia precisa la naturaleza de los convenios celebrados por el Gobierno Nacional con organismos o agencias internacionales, de la siguiente manera:

" 'Tales organismos o agencias extranjeras no representan a ningún Estado en particular y sólo tienen una organización que busca el mejoramiento de los países menos desarrollados. Estos contratos o convenios que con las finalidades anotadas en la Ley 24 de 1959 celebre el Gobierno, *tienen el carácter de administrativos* y encajan dentro de los artículos 76, ordinales 11 y 16 y 120-13 de la Constitución. O sea que, sólo requieren la aprobación posterior del Congreso cuando falta la previa autorización, o no se ajustan a la respectiva ley, o dejan de cumplir los requisitos en ella exigidos. *Estos contratos no son tratados públicos que se rijan por los artículos 76-18 y 120-20 de la Carta*' (Subrayado).

"Después de reiterar en su sentencia de octubre 23 de 1975 la diferencia entre 'Tratados-Contratos' y 'Tratados-Leyes', así como la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 26 de 1976, consideró específicamente la naturaleza jurídica de los Contratos de Empréstito Externo, de la siguiente manera:

" 'En el caso presente no se está frente a ninguna de las hipótesis citadas. *Se trata de unos contratos-administrativos de empréstito, cuya fuente se encuentra en el texto 76-11 de la Constitución*, conforme a cuyas voces es función del Congreso conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional.

Se combinan aquí una actuación y una función en las que, para obviar dificultades prácticas y jurídicas en la agilidad de la administración, se antepone la autorización legal para que subsiga toda la acción administrativa' (Subrayado).

"A la luz de la jurisprudencia antes mencionada, queda claro para los efectos del artículo 286 del Decreto 222 de 1983, que el Contrato de Préstamo número 195/IC-CO es un contrato administrativo que, por su naturaleza internacional, puede considerarse como 'Convenio-Contrato' mas no como 'Convenio-Tratado', por fundamentarse en el artículo 76, ordinal 11 de la Constitución Política de Colombia. Por consiguiente, las disposiciones del Contrato de Préstamo BID-ISA no pueden considerarse como normas de Derecho Internacional Positivo sino de Derecho Interno Colombiano y, por ende, no pueden modificar el Decreto número 222 de 1983. Tal como lo establece la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de agosto 26 de 1976, ya que esta clase de contratos debe 'someterse rigurosamente a las leyes nacionales'.

"16. La ley aplicable al Contrato de Préstamo número 195/IC-CO entre el Banco Interamericano de Desarrollo e Interconexión Eléctrica S. A. se define de la siguiente manera: Una vez señalada la naturaleza jurídica del Contrato de diciembre 18 de 1986 como la de un 'Contrato-Administrativo de Empréstito Externo', independientemente de la personería jurídica internacional de una de las partes, es indispensable señalar claramente la ley aplicable en este caso. En efecto, el contrato referido desea señalar como ley aplicable aquella constituida por el mismo conjunto contractual en los términos de la Cláusula 2.01 de la Primera Parte, para rechazar la aplicación de la legislación colombiana. Semejante tesis sólo podría prosperar si se acepta como naturaleza jurídica del Contrato la de un 'Convenio-Tratado', lo cual no tiene fundamento alguno según lo hemos analizado supra.

"Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en su sentencia de agosto 26 de 1979 en subrayar la aplicación de la ley colombiana a todos los Contratos de Empréstito Externo de la siguiente manera:

" 'En esta clase de contratos el Gobierno, así se entienda en los términos del artículo 57-1 de la Carta, o el Estado, entendiendo por tal todas las reparticiones políticas o administrativas que lo integran territorialmente, o los órganos de Gobierno de cada uno de ellos con capacidad legal para actuar en el terreno que se comenta, *deben someterse rigurosamente a las leyes nacionales, aunque una de las partes contratantes del empréstito sea una entidad pública, o privada extranjera*' (Subrayado).

"Refiriéndose a los Contratos de Empréstito Externo con entidades financieras internacionales, en la misma sentencia la Corte Suprema de Justicia señala lo siguiente:

" 'Respecto del tercer inciso y del parágrafo del artículo 115, ninguna observación ha de hacerse, pues declarada inexequible la potestad para recurrir a la justicia impartida por corporaciones extranjeras, o internacionales, sin el necesario mecanismo intermedio de un tratado público, tales inciso y parágrafo *quedan anclados en la legis-*

lación nacional y son, por tanto con la misma salvedad, plenamente válidos' (Subrayado).

"Por consiguiente, sólo puede modificarse lo dispuesto en el Decreto número 222 de 1983 mediante un Tratado o un Convenio-Tratado, debidamente aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República. Mientras no exista ese Tratado o Convenio-Tratado vigente, los Contratos de Empréstito Externo firmados con una entidad financiera internacional, en este caso el BID, se rigen por las disposiciones del Decreto 222 de 1983.

"Tan es así que el Contrato BID-ISA de diciembre 18 de 1986 se refiere a la aplicación del Derecho Interno Colombiano en las siguientes cláusulas: 6.09 de la Primera Parte; 305 (11), 4.01 (a) y 6.02 (b) de la Segunda Parte; Punto III, A, 6 (D) del Anexo B; Punto III, B, 4 (L) del Anexo B y Punto V, G del Anexo B.

"Por todo lo expuesto es violatorio del Derecho Colombiano el Punto V, numeral G del Anexo B del Contrato de Préstamo BID-ISA cuando dice: 'En todo lo no previsto en este procedimiento, regirá lo estipulado en el Decreto 222 del año de 1983 y en el Contrato de Préstamo Externo. En caso de pugna de disposiciones, prevalecerá el Contrato de Préstamo'. Por el contrario, por su naturaleza jurídica, el Contrato de Préstamo no puede de modo alguno prevalecer sobre el Decreto 222 de 1983, siendo este último la única forma aplicable al conjunto contractual".

III

Solicitud de suspensión provisional:

La sustentación de la solicitud de suspensión provisional se hace a través de la siguiente literatura jurídica:

"1. Con la expedición de la Resolución número 0228 de 1986, mencionada, se violaron los artículos 27 a 33 del Decreto extraordinario 222 de 1983, por cuanto:

"a) El procedimiento utilizado para la licitación número RTL-500, de ISA, no constituye en sentido estricto, una licitación pública ni privada, por cuanto introdujo una precalificación en forma no autorizada por tales disposiciones legales, al hacer una invitación pública previa a la que el estatuto contractual (D. E. 222 de 1983) señala para después del trámite de clasificación y calificación privadas, a cargo de la entidad contratante. O sea que se hizo una licitación para después licitar, contrariando ostensiblemente tales normas, en las cuales no se prevé ese procedimiento, que es a todas luces irregular.

"Además, porque ni la licitación hecha para precalificar a los concursantes, ni la que ordenó la apertura de la nueva licitación con el acto acusado, restringida a los 23 concursantes seleccionados, constituyen licitación pública ni licitación privada, pues a simple vista se observa que no cumplen los principios, reglas y trámites propios de una y otra. La primera, porque no está prevista en la ley, y la segunda, porque restringe el carácter público a 23 preseleccionados;

"b) En particular se violó ostensiblemente el artículo 28 del Decreto extraordinario 222 de 1983, en cuanto desconoció o ignoró el requisito de 'igualdad de oportunidades' consagrado para la licitación pública, que significa igualdad jurídica para los interesados, y la aplicación de los principios básicos de *libre concurrencia* y *publicidad*.

"En efecto, para participar en la primera licitación pública convocando a los interesados para precalificarlos, se señalaron condiciones onerosas para los productores nacionales ($ 300 millones de capital y 10 años de experiencia), en desventaja con los extranjeros. Y con la Resolución número 0228 de 1986 se eliminó tal libre concurrencia, pues se restringió exclusivamente a los precalificados en la primera licitación, y no se ordenó su publicación sino su comunicación, violando así ostensiblemente el artículo 30-3 del Decreto extraordinario 222 de 1983.

"Como la Resolución número 0228 de 1986 acusada hizo una invitación no pública sino dirigida a personas determinadas, violó ostensiblemente el artículo 28 del Decreto extraordinario 222 de 1983, e igualmente al 30, *ibidem*, en cuanto consagra la publicidad como elemento sustancial de la licitación pública.

"Igualmente, violó tal artículo 30, además, en cuanto para hacer la convocatoria el concurso, allí contenida, no observó el procedimiento prescrito en esa norma.

"2. Como la referida convocatoria de la Resolución acusada se hizo sin la previa consulta al INCOMEX, violó ostensiblemente el artículo 272 del Decreto extraordinario 222 de 1983, que obliga hacer tal consulta. Por lo mismo se violó el artículo 6º del Decreto número 1356 de 1984, que repite dicha norma.

"3. Se violó con el acto acusado, de manera ostensible, el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, según el cual los actos generales deben ser publicadas, publicación que era forzoso hacerla por cuanto que se trata de una licitación pública.

"4. Se violó ostensiblemente con el acto acusado, el artículo 277 del Decreto extraordinario 222 de 1983, por cuanto que al no ser publicada esa Resolución, los productores y proveedores nacionales del sector eléctrico (200 aproximadamente), no tuvieron oportunidad de participar en la licitación, ni de solicitar entonces la correspondiente desagregación. Posteriormente formularon tal petición, que fue negada por ISA invocando razones no justificadas.

"5. Con el acto acusado se violaron ostensiblemente los artículos 268 y 270 del Decreto extraordinario 222 de 1983, por cuanto que siendo los precalificados fimas o empresas extranjeras, se desconoció la preferencia a la producción y a la oferta de servicios nacionales, no permitiendo, siquiera, la desagregación. Y el artículo 270, en cuanto violó la prohibición de eliminar tales participaciones nacionales.

"6. Igualmente, el acto acusado violó ostensiblemente el artículo 273 del Decreto extraordinario de 1983 por cuanto que no ordenó la desagregación tecnológica a que estaba obligado por mandato de esa norma, ni los previos informes del INCOMEX, para esos mismos efectos.

"7. Dado que los precalificados reconocidos en el acto acusado son extranjeros, casi en su totalidad, se deduce que inexorablemente el crédito externo del BID, con el cual se financia el proyecto quedará atado a la adquisición de bienes y a la prestación de servicios de procedencia igualmente extranjeros, violando así el artículo 276 del Decreto extraordinario 222 de 1983.

"8. La Resolución número 0228 demandada no señaló 'los márgenes de protección otorgados a los productores nacionales', como se ordena en el artículo 285 del Decreto extraordinario 222 de 1983, por lo cual esta norma resultó violada de manera flagrante.

"9. Es de obra el contrato para el cual convoca el acto acusado. Como esos contratos exigen licitación pública, y la que promovió dicha Resolución sólo tiene de pública el nombre, resultó violado el artículo 83 del Decreto extraordinario 222 de 1983, disposición que hace tal exigencia.

"Todas las anteriores violaciones son ostensibles. Se pueden apreciar con la simple lectura del acto acusado, de la cual se deduce que se omitieron los mandatos de las normas que se invocan como violadas y se contrariaron sus principios y reglas, desconociendo toda protección a la industria y al trabajo nacionales, so pretexto de satisfacer exigencias que no ha hecho el Banco Interamericano de Desarrollo —BID— en el contrato de empréstito, y que de existir, son violatorias de la Soberanía Nacional".

IV

Consideraciones de la Sala:

A) Como la demanda será admitida, y la parte actora ha solicitado la suspensión provisional de los efectos de la Resolución número 0228 de 1986, se procede a decidir este aspecto a la luz de la normatividad vigente sobre la materia.

Dispone el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo a que el Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas:

"Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas.

"Si la acción ejercitada es distinta de la de nulidad del acto deberá aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor.

"Que la medida se solicite y sustente de modo expreso, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella.

"Que la suspensión no esté prohibida por la ley".

En el *sub lite* la situación es de una claridad meridiana, pues la solicitud de suspensión provisional, que ejercita la acción pública o parte actora reitera en la demanda y en el escrito contentivo de la popular de nulidad que contempla el artículo 84 del Código Conten-

cioso Administrativo; el acto administrativo atacado es de carácter unilateral y con él se desconoce en forma ostensible, manifiesta y directa, lo preceptuado en el artículo 28 del Decreto 222 de 1983. En efecto. En este se define la licitación pública como una invitación a contratar a un número indeterminado de personas, siempre que reúnan los requistios que señalen la ley y los reglamentos. Por ello repugna que en el acto acusado se restrinja la participación de quienes puedan tener interés en contratar con la administración, freno que se recoge en el artículo cuarto del mismo cuando se consagra:

"Unicamente podrán participar en esta licitación las firmas y consorcios que fueron precalificados para la construcción y el montaje de la línea de transmisión a 500 Kv. San Carlos - Sabanalarga, segundos circuito, *cuya lista se anexa a la presente Resolución y las firmas fabricantes de materiales para líneas de transmisión que estén debidamente inscritas clasificadas y calificadas en el registro de proponentes ISA, que se asocien con las firmas y consorcios que fueron precalificados para la construcción y el montaje de la línea de transmisión a 500 Kv. San Carlos - Sabanalarga, segundo circuito*" (Subrayado de la Sala).

La simple lectura del anexo que hace parte del acto administrativo indica que sólo pueden participar en la licitación pública veintitrés firmas, de las cuales sólo dos son colombianas, lo que parece desnaturalizar la filosofía jurídica que informa la licitación pública, pues en el estatuto contractual, que se recoge en el Decreto número 222 de 1983, no se consagra la figura de la llamada por los doctrinantes *"licitación restringida"*, que siendo también pública, sólo permite que participen en ella personas determinadas, pero limitadas a quienes reúnan condiciones especiales como determinada idoneidad, capacidad productiva mínima, posesión de procesos prefijados de producción, etc., como lo enseña Bercaitz en su obra Teoría General de los Contratos Administrativos. Segunda Edición, Depalma, página 317.

La violación de lo preceptuado en el artículo 27 del mismo estatuto parece también clara, pues allí se define la licitación como "...el procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, *en igualdad de oportunidades*, la que proponga mejores condiciones para contratar" (Subrayado de la Sala). Es apenas obvio concluir que, si se cierra la posibilidad de participación, el anterior principio se hace nugatorio y de contera se compromete también el respeto debido a lo preceptuado en el artículo 270 del Decreto 222 de 1983 cuando manda que:

"En ningún caso se podrá eliminar la posibilidad de que productores de bienes u oferentes de servicios, de origen nacional, presenten propuestas".

La licitación es procedimiento que se inspira, como ya se anotó, en el principio de *igualdad de los licitantes* y también en el de *cumplimiento estricto del pliego*, con lo cual se busca eliminar como lo enseña el profesor Sayagues Laso, "...los favoritismos y las colusiones dolosas en la contratación administrativa..." (Tratado de Derecho Administrativo. Cuarta Edición, Tomo 1, pág. 553). La importancia y trascendencia del mismo lleva al citado tratadista a concluir que es

"...una formalidad esencial en la contratación administrativa, establecida por razones de interés público. De ahí que su omisión invalide radicalmente el contrato, produzca nulidad absoluta, pudiendo ser invocada por todos: Por la administración, el particular contratante y los terceros interesados" (obra citada, págs. 557 y 558).

La filosofía jurídica anterior explica bien a través de la acción de nulidad se pueda hacer el control del acto separable que ordena la apertura de la licitación pública, y que el mismo pueda ser suspendido cuando, como en el caso en comento, se dan los presupuestos exigidos por la normatividad jurídica para tomar medida de tanta importancia.

B) Ya se anticipó que la demanda será, admitida, y tal Resolución encuentra apoyo jurídico en las siguientes valoraciones de orden normativo:

Primera. No obstante el predicamento del apoderado de la parte actora en el sentido de que la naturaleza jurídica de la Resolución número 0228 de 1986 "... no es la de la controvertida especie de los actos llamados 'separables del contrato',...". la Sala encuentra que la tesis de recibo es precisamente la contraria, esto es, la de que el acto impugnado es buen ejemplo, en sus esencias, de tal figura. En providencia de Sala Unitaria, proferida por el honorable Consejero doctor Jorge Valencia Arango, el día 21 de agosto de 1986, que fue suplicada y confirmada con algunas precisiones por la Sala de Decisión, el día nueve (9) de octubre del mismo año, Actor Occidental de Colombia, se dijo: "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 Código Contencioso Administrativo" (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 precontractuales, 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".

En la providencia en antes citada se trae como apoyo doctrinario lo expuesto por el profesor Georges Vedel, quien en su obra de Derecho Administrativo, enseña:

"Estos principios están sin embargo alterados por la teoría de los actos separables. Los contratos de la administración dan lugar a menudo a un procedimiento complejo. Por ejemplo, el Concejo Municipal deberá celebrar una deliberación que autorice al Alcalde para suscribir un contrato; esta deliberación puede estar sometida a la aprobación del prefecto; a continuación, el Alcalde deberá suscribir el contrato y, en ciertos casos, el contrato deberá ser aprobado por el prefecto. Se puede considerar que cada de estas decisiones que han participado en

la formación del contrato es un acto unilateral susceptible de recurso por exceso de poder.

"El Consejo de Estado ha admitido también que, si bien el recurso por exceso de poder no puede jamás ser dirigido contra el contrato mismo puede ser interpuesto contra los actos separables de carácter unilateral que han contribuido a la formación del contrato: Las deliberaciones que lo autorizan, la aprobación de los órganos de tutela, e incluso la decisión de suscribir el contrato por parte del órgano representante de la persona pública contratante. Las principales etapas de esta jurisprudencia vienen señaladas por las siguientes sentencias: C. E. 29 de diciembre de 1905, Martín, RDP, 1906.249, concl Romieu, nota Jéze; 6 de abril de 1911, commune de Ousse-Suzan, S 1913.3.50, nota Hauriou; 9 de noviembre de 1934, Chambre de Commmerce de Tamatave, Rec., página 1304; 7 de febrero de 1936, département de la Creuse, D. P., 1937.3.27 Cf. igualmente C. E. 5 de diciembre de 1958, secrétaire d'Etat á 1' Agriculture, Rec pág. 620; AJ 1959. 11.57, concl. KAHN, El Consejo de Estado ha considerado incluso como acto separable la negativa de rescindir el contrato, por la autoridad contratante: C. E. 24 de abril de 1964, Sté anonyme de Livraisons industrielles et commerciales. AJ, 1964.308, concl, Combarnous, D. 1964.656, nota DEBBASCH.

"Sobre la dificultad de caracterizar el acto separable y de distinguir los medios que dependen del juez del exceso de poder y los que dependen del juez del contrato, cf C. E. 6 de noviembre de 1970, Sathoral, AJ, 1971.105, concl. BAUDOUIN.

"Esta teoría de los actos separables es valedera incluso para las decisiones que han intervenido en la formación de los contratos de Derecho Privado (cf. C. E. 26 de noviembre de 1954, Syndicat de la Raffinerie du Soufre Francais, Rec, pág. 620).

"Los efectos directos de la anulación por el juez del exceso de poder de uno o de varios de los actos unilaterales que han intervenido en la formación del contrato se limitan a esta anulación, lo que sin embargo no tiene un carácter puramente platónico. Si, en efecto, el contrato no está anulado de hecho (pues su anulación no puede, en principio, ser solicitada más que ante el juez del contrato y por una de las partes), el contrato está afectado de una precariedad muy grave, pues ante el juez del contrato, cualquiera de las partes podrá pedir en todo momento la anulación del contrato fundándose en la nulidad, proclamada *erga omnes* por el juez del exceso de poder, de uno o varios de los actos que han intervenido en la formación del contrato.

"Al enunciar estas proposiciones parece que nos encontramos en plena metafísica jurídica y que la teoría de los actos separables es una complicación gratuita. No lo es en absoluto y pocas teorías contenciosas tienen tanto interés. En efecto, los administrados que tengan interés deben tener al poder de que se sancionen las ilegalidades contenidas en la conclusión de un contrato por la Administración; sin embargo no se les puede permitir inmiscuirse en lo contencioso contractual, reservado a las partes; la teoría de los actos separables permite combinar estas dos necesidades.

"Es además de esta forma como en su jurisprudencia más reciente, el Consejo de Estado considera que la anulación por el juez del exceso del poder de uno de los actos que han intervenido en la formación de un contrato conduce a la 'nulidad virtual' de este (cf. P. WEIL: Les conséquences de annulation d'un acte administratif pour excés de puvoir, pág. 201 y sig., y C. E. 1 de marzo de 1954, Société L'energie industrielle, Rec., pág. 66).

"En su estudio precitado de Mélanges Mestre M.C.A. COLLIARD ha demostrado que la noción de 'acto separable', que permite la intervención del juez administrativo en una materia que le estaría prohibida o que dependería de una rama del contencioso administrativo distinta a la elegida por el recurrente, se emplea por el Consejo de Estado en bastantes otros dominios apartes de los contratos.

"Sobre el mismo tema el profesor José Roberto Dromi, en su interesante estudio sobre 'Procedimiento Administrativo', Capítulo III. Aspecto Jurídico Formal, publicado en la obra 'La Protección Jurídica de los Administrados'. Ediciones Rosaristas, 1980, págs. 372 y siguientes enseña:

"a) Preparación.

"1. Precontrato administrativo: El procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (pre-contractual) no se confunde con el contrato, que es el resultado del encuentro de aquella con la voluntad del cocontratante (persona física o jurídica, privada o pública estatal o no estatal). El vínculo contractual recién nace cuando se enlazan la voluntad del Estado y la del cocontratante, por el pronunciamiento legal previsto al efecto.

"Debemos así distinguir un procedimiento precontractual, previo al contrato, de formación o preparación del contrato y un procedimiento contractual o de ejecución (52).

"Los actos, hechos, reglamentos y simples actos de la administración dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se incorporan unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de la voluntad contractual. Por ello, las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la 'preparación e impugnación' de la voluntad administrativa son también aplicables a la actividad administrativa precontractual (de preparación de la voluntad) y contractual propiamente dicha (de ejecución de la voluntad).

"Luego agrega:

"El precontrato o período preliminar al contrato, más allá de las meras tratativas previas (o de 'pourparlers' como las llama la doctrina francesa), supone una comunicación recíproca entre los futuros contratantes exteriorizada por manifestaciones volitivas de las partes, que anticipan un contrato por venir, que si bien aún no pueden calificarse de voluntades contractuales, por ejemplo presentación y recepción de oferta, rechazo de oferta, retiro de oferta, exclusión de oferente, etc., engendran un vínculo jurídico obligacional con todas las consecuencias que predicativamente ello implica.

"Las tratativas previas no crean por sí solas vinculación jurídica alguna en tanto no se conforme una comunicación recíproca de voluntades, a nivel precontractual, a través de alguno de los actos separables referidos. Ellos, como alternativa previa al contrato, generan una relación jurídica, un vínculo regulado por el derecho, con efectos jurídicos recíprocos implicados en los derechos y deberes de cada parte, por ejemplo los gastos e 'intereses negativos' que se originen con motivo de una ruptura intempestiva o arbitraria separación de la negociación (55). Esta es la cuestión de la denominada 'culpa in contrahendo', o sea la regulación de las responsabilidades derivadas de los tratos previos al contrato, se celebre o no éste.

"La contratación administrativa implica siempre, o casi siempre, un 'pactum preparatorium', 'pactum de contrahendo', 'contrato preliminar', 'precontrato' o 'vorvertrag', como dicen los alemanes (56). El carácter vinculante de las relaciones previas que se entablan resultan de: a) Las prestaciones afectadas al interés público que están en juego; b) La dogmática jurídica concreta, en nuestro caso la Ley de Obras Públicas y el Reglamento de las Contrataciones del Estado, que al menos establecen responsabilidades precontractuales para los licitadores; c) La innegable separabilidad de los actos y hechos que se dictan y ejecutan en el procedimiento previo al contrato; d) La posibilidad procesal de impugnar hasta jurisdiccionalmente dichos actos separables; e) La obligación del oferente de mantener su oferta; f) La circunstancia de que al oferente, una vez presentada la oferta, no se le requiere un nuevo consentimiento para perfeccionar el contrato principal; g) El principio de la estabilidad del acto administrativo, toda vez que la irrevocabilidad de los actos administrativos es la regla (art. 18), Ley 19549); dicho carácter también rige para los actos administrativos previos o preparatorios de contrato y su revocación, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, es indemnizable (art. 18 *in fine*, Ley 19549 y art. 84, Decreto 1759 de 1972); h) El unánime criterio doctrinario y jurisprudencial en reconocer a los oferentes "derecho subjetivo" a participar en el procedimiento y a que se les considere su oferta (57). Entonces, en tanto son titulares de derechos subjetivos generados por actos administrativos dictados por el licitante, en especial por el acto de 'admisión', éstos son irrevocables en principio y su alteración, revocación, modificación, etc. engendran para el Estado las responsabilidades de ley ya referidas".

Dentro del marco jurisprudencial y doctrinario que se deja precisado, la Sala reitera que el acto separable es por su esencia misma el precontractual, con lo cual se hace fácil y comprensible la precisión de los sujetos de derecho que pueden impugnarlo, como pasa a explicarse:

Segunda. Ya se precisó en antes, citando a Vedel, que la teoría de los actos separables no es una complicación gratuita ni demanda divagaciones metafísicas. Su interés radica en legitimar a cualquier persona para impugnarlos cuando encuentre, con serias razones, que el contrato se empieza a estructurar transitando por el sendero de la ilegalidad. Es un control de ésta, en la fuente, para que la administración ajuste su conducta, en todo momento, a la jerarquía normativa. Dentro de este marco enseña José Roberto Dromi en el escrito en antes citado:

"b) Impugnación.

"Las consecuencias jurídicas que resultan de señalar que la licitación es 'un acto único' o 'un conjunto de actos', son de relevante significación.

"Si se afirma que los actos integrativos del procedimiento licitario no son separables, autónomos (tout indivisible) o independientes entre sí y que se encuentran incorporados al contrato de manera unitaria, se restringe en grado sumo la protección jurídica de los oferentes, pues sólo será impugnable el contrato no sus actos preparatorios, preliminares, componentes e integrativos. Por ello, sólo las partes contratantes o sea el ente público licitante y el adjudicatario (no los demás oferentes), estarán legitimados sustancial y procesalmente para impugnarlo. Los oferentes no adjudicatarios no pueden impugnarlo pues no son parte en el contrato, no intervienen en el vínculo jurídico bilateral. Son ajenos a la negociación administrativa.

"Por el contrario, si se separa el contrato de los actos administrativos previos integrativos del procedimiento licitario, que contribuyen a su constitución (actes détachables) y se les confiere individualidad y autonomía jurídica será más amplia la protección jurídica de los oferentes. Aún antes del contrato y de modo independiente de la impugnación contractual, cualquier oferente puede impugnar el acto de admisión, inadmisión, rechazo de ofertas, adjudicación etc. (62).

"El contrato administrativo resulta de una serie de actos unilaterales previos de la administración que no forman un 'todo indivisible', sino que se los disocia (63), confiriéndoles individualidad jurídica.

"Los distintos tipos de actos que han intervenido en la formación del contrato son separables (détachables), son susceptibles de ser aislados y atacados por los medios jurídicos que la ley autoriza. Este criterio fue adoptado por el Consejo de Estado Francés (1903) en el arrêt Commune de Gore, pero el fallo que sentó definitivamente la doctrina fue el deárrêt Martín del 4 de agosto de 1905 (64).

"La separabilidad de los actos administrativos precontractuales hace posible su impugnación por terceros ajenos al contrato (oferentes) en defensa de sus derechos e intereses. Así se supera la teoría de los actos no separables, que conforma un 'todo indivisible entre procedimiento y contrato' y considera incorporado a este último los actos administrativos integrantes del procedimiento de contratación, constituyendo con él un 'tout indivisible' (65). Los actos previos al contrato no podrán independizarse de éste. En consecuencia, tampoco podrán ser impugnados de modo autónomo. Esta concepción se basa en que los actos precedentes se le incorporan una vez perfeccionado. Por ello, también solía llamarse a esta actitud jurisprudencial 'théorie de l'incorporation'.

"El supuesto de la incorporación o de indivisibilidad de los actos precontractuales restringe el círculo de los legitimados a impugnar la ilegitimidad de los procedimientos de contratación, pues las partes contratantes serán las únicas habilitadas para ello. Lo harán ante el juez del contrato (66), dejándose sin protección los intereses de los demás licitadores una vez realizada la perfección contractual. Además,

el adjudicatario rara vez tendrá interés en atacar el procedimiento previo al nacimiento del contrato, pues puede que a él no le haya ocasionado ningún perjuicio sino que, por el contrario, se favorezca con el vicio de ilegitimidad que el mismo hubiere provocado, por ejemplo un adjudicatario no inscripto en el registro respectivo.

"A la inversa, si consideramos los actos precontractuales como separables, autónomos, independientes y dotados de individualidad, es posible su impugnación directa (67) por todos los oferentes durante la sustanciación del procedimiento precontractual y aún después de celebrado el contrato, a través de 'recursos administrativos' y 'acciones procesales administrativas' como medios idóneos de impugnación de los actos administrativos separables: Llamado a licitación, exclusión de oferentes, recepción, admisión, adjudicación, desistimiento del licitante, etc.

"El acto separable impugnable debe ser un acto administrativo decisorio en el sentido técnico-jurídico, pues los simples actos de la administración, meramente preparatorios, no pueden ser objeto de impugnación, por ejemplo dictámenes, proyectos y consultas. De esta forma los licitadores, que no resultaron adjudicatarios, si bien no pueden impugnar el contrato en sí, dado que no tienen derecho subjetivo a ser adjudicatarios, no les está impedido impugnar los actos administrativos separables, en tutela de sus derechos subjetivos, reclamando la nulidad de los mismos y en su caso la reparación patrimonial emergente por el agravio al derecho de propiedad (por ejemplo, resarcimiento de los gastos que irrogó la participación en el procedimiento, costos de los pliegos, planos, proyectos, estudios).

"La anulación de un acto previo al contrato, separable, provoca la de los actos precontractuales siguientes, y, por ende, del contrato mismo que automáticamente queda sin efecto, sin necesidad de acudir a una declaración judicial posterior (68). Es evidente que si se ataca un acto soporte del contrato no podrá invalidarse aquél y quedar subsistente éste; por ejemplo: Un vicio jurídico en la calificación o clasificación y ordenación de las propuestas podrá anular el procedimiento de allí hacia adelante, aprobando las fases anteriores y determinando la reiteración de los actos separables anulados, por cuanto la nulidad del procedimiento de la licitación puede ser parcial.

"Si el contrato se ha ejecutado o está en vías de ejecución, la solución que parece inevitable es la indemnizar daños y perjuicios al licitador que logra la anulación del acto viciado, pues, por fuerza de las circunstancias, el contrato ha quedado en una zona inalcanzable (69). Con este procedimiento el oferente no se verá burlado en sus derechos. Impugnado un acto separable (pre-contractual) puede llegar a obtener los mismos efectos que si impugnara el contrato, lo que le está vedado de modo directo por no ser parte contratante. En síntesis, cabe admitir por parte de los oferentes no adjudicatarios una impugnación 'directa' del acto separable y otra 'indirecta' del contrato celebrado".

En el Derecho Administrativo y Colombiano los actos separables pueden ser controlados, como lo precisa el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo "...por medio de las otras acciones previstas en este Código...", que no son otras que las de *"simple nulidad"*

y *"restablecimiento del derecho"*, con la precisión jurisprudencial de que ellos pueden ser demandados, como ocurrió en el *sub lite*, en forma inmediata. No tendría sentido, y pecaría contra la lógica de lo razonable, que la defensa de la legalidad estuviera sujeta a quitas o esperas, como sería la de la terminación de la relación contractual, para poder ponerse en marcha. Sería la filosofía del interés prevaleciente sometida a la del interés simplemente particular.

Tercera. Dada la importancia de la materia y la necesidad de presentarla en forma orgánica y sistemática, la Sala recuerda que en la providencia de ocho de octubre de 1986, expediente número 4880, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, se precisó que: "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".

Obsérvese bien que este aparte jurisprudencial hace referencia a los actos contractuales, no a los separables. La claridad en esta materia es de interés pues en tratándose de los primeros sólo están legitimadas las partes para impugnarlos, en ningún caso terceros.

Cuarta. Por lo que hace relación al procedimiento que debe seguirse, esto es, si el relacionado con los procesos relativos a contratos y de los de reparación directa y cumplimiento, de que tratan los artículos 217 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, o el ordinario que se regla en los artículos 206 y siguientes de la misma obra, no existe duda de que la acción de nulidad debe rituarse a través de este último. El procedimiento contractual contempla figuras exóticas e inaplicables cuando se trata de acudir a los tribunales en demanda orientadas a mantener el simple reino de la legalidad, tales como la denuncia de pleito, el llamamiento en garantía y la demanda de reconvención. Para estos espacios intersticiales, en que el legislador no lo precisa todo, se impone, necesariamente, la actividad integradora del juez. Para los sectores de opinión jurídica que se preocupan por los frecuentes cambios de jurisprudencia, y la enjuician en el terreno de la falta de certeza y seguridad del derecho, parece conveniente recordar las palabras con que Prosper Weil se refiere a la situación en Francia, al destacar:

"Aquí radica la originalidad de los modos de elaboración del Derecho Administrativo: Extrayendo la regla de derecho al mismo tiempo que la aplica, el Consejo de Estado se ha visto llevado a ejercer un arbitraje permanente entre las necesidades de la acción administrativa y las de su limitación. Buscando la forma de garantizar al ciudadano una protección contra el poder, el Consejo de Estado no podía olvidar que era igualmente de su competencia el procurar a la administración los medios de acción necesarios poniéndola al abrigo de exigencias capaces de comprometer los intereses generales que estaban a su cargo. Se ha hablado amenudo de conciliación; pero es imposible conciliar lo que es fundamentalmente contradictorio y heterogéneo. Ha sido,

pues, necesario realizar un arbitraje, siempre discutible, y la tarea del juez, sin código o texto a que atenerse, ha sido extremadamente difícil. No puede entonces resultar extraño que el Consejo de Estado haya utilizado una metodología a menudo cambiante. En unas ocasiones da definiciones en términos aparentemente precisos, pero cuyo contenido concreto necesita definirse en cada caso: Es el procedimiento que se podrá denominar de definiciones estables con contenido variable. En otras, regímenes jurídicos diametralmente opuestos coinciden con conceptos antinómicos, en los que la línea fronteriza está definida de una manera tal, que el juez puede moverla discrecionalmente en cada caso, de tal forma que el régimen deseado por el juez condiciona la determinación de la noción: Fórmula que se denomina de nociones limítrofes con fronteras variables. A veces se tiene la impresión de que algunas ventajas se conceden en bloque para hacer después retiradas en el detalle, o que un principio solemnemente establecido se encuentra vacío de contenido en su aplicación. En muchos casos el juez se sirve de nociones en las que el contenido no está definido, o que es incluso indefinible; el 'existencialismo jurídico' (CHENOT) da la impresión de burlarse de categorías y esencias, y más de una fórmula parece servir para 'enmascarar con la palabra lo arbitrario del juez' (WALINE). Junto a materias evolutivas existen en el Derecho Administrativo sectores replegados que recuerdan los viejos tiempos: El Derecho Administrativo parece formado por islotes autónomos que responden a reglas propias. Derecho secreto y exotérico, se ha dicho; imperatoria brevitas de las sentencias cuya importancia reside a menudo, más en lo que no se ha expresado que en lo que pueda allí encontrarse; 'construcción intelectual original que alía curiosamente empirismo y sentido de la realidad, sutileza y gusto por las matizaciones' (RIVERO). Todas estas características, bien conocidas, se imputan generalmente al carácter jurisprudencial de este derecho. Más este factor no es el único ni, probablemente, el más importante.

"La razón fundamental de la existencia de estos métodos desconcertantes reside en la ambigüedad básica de una disciplina que pretende ser a la vez instrumento de liberalismo y garante de la acción administrativa, protectora del ciudadano contra el Gobierno y medio para la manifestación de la voluntad gubernamental. La solución de estos problemas tenía necesariamente que hacerse con sutileza, y puede decirse que el título más glorioso del Consejo de Estado es haberlo conseguido de la forma menos mala posible" (Derecho Administrativo. Editorial Civitas S. A., pág. 51).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Unitaria,

Resuelve:

Por reunir los requisitos de ley se admite la demanda presentada por la Cámara Colombiana de la Construcción —CAMACOL— y otros en contra de INTERCONEXION ELECTRICA S. A. —ISA—.

En consecuencia dispone:

1º Notifíquese personalmente al representante legal de la entidad demandada en la forma prevista en los artículos 149 y 150 del Código Contencioso Administrativo.

2º Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.

3º Fíjese en lista por el término de diez (10) días para los efectos del numeral 3º del artículo 206 del Código Contencioso Administrativo.

4º Decrétase la suspensión provisional de la Resolución número 0228 de 24 de octubre de 1984 proferida por el Gerente General de Interconexión Eléctrica S. A. —ISA—, por las razones expuestas en los considerandos de esta providencia.

5º Se reconoce personería al doctor José Joaquín Caicedo Perdomo para representar a las entidades demandantes dentro del marco de facultades conferidas en poder visible a folio 1.

Cópiese y notifíquese.

Julio César Uribe Acosta.

Arturo Mora Villate, Secretario.

NACIONALIZACION DE ENTIDADES FINANCIERAS. EFECTOS (Suspensión provisional).—

El Decreto 3125 de 1986 (Cfr. Diario Oficial 37663, pág. 4, octubre 8 de 1986) reglamentario, justamente, de "los efectos que produce la nacionalización de entidades financieras", precisa que esta medida de excepción, la nacionalización, se contrae exclusivamente a cada institución financiera en otras sociedades mercantiles, y dispone en su artículo 1º que "...las resoluciones ejecutivas mediante las cuales se decreta la nacionalización de las instituciones financieras, NO MODIFICAN LA DENOMINACION, TIPO, REGIMEN LEGAL Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN CUYO CAPITAL PARTICIPAN LAS ENTIDADES MENCIONADAS...". Suspéndese provisionalmente la Circular externa número 002 de marzo de 1986, expedida por la Superintendencia de Sociedades.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cinco de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *José Joaquín Camacho Pardo.*

Expediente número 394.

La anterior demanda de nulidad viene conforme a los presupuestos procesales del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, y es admisible, como se dirá.

Antes sin embargo, es preciso examinar la procedencia de la suspensión provisional también pedida.

Se indica como acto acusado la Circular externa número 002 de marzo de 1986, librada por la Superintendencia de Sociedades "... a los representantes legales de las sociedades de economía mixta... con el fin de determinar la situación jurídica de las sociedades comerciales en cuyo capital, en virtud de la nacionalización del Banco de Colombia y tres entidades más (del grupo), participan el Estado y los particulares...".

Analízanse en la Circular la estructura y la naturaleza de las sociedades de economía mixta, a partir de las definiciones de los artículos 8º del Decreto 1050 de 1968 y 461 del Código de Comercio, y el probable efecto de los Decretos de emergencia económica 2919 y 2920 de 1982.

De ella se extrae que si, como lo pregona la consideración 6ª del precitado Decreto 2919, una de las finalidades de la declaración de

emergencia fue la de contener la expansión de los efectos de la crisis en "...*empresas de otros sectores de la economía que contengan contratos con las instituciones financieras respecto de las cuales sea preciso actuar*...", es indiscutible que tal motivo incide en forma inmediata en el sector financiero y, consecuencialmente, en compañías industriales o comerciales vinculados a éste.

Y que habiéndose efectuado la nacionalización de las instituciones financieras del grupo con la suscripción de capital por el Fondo de Garantías, en proporción que excedía el cincuenta por ciento de sus respectivos capitales, que necesariamente se refleja en las demás compañías del citado grupo, se modifica la estructura jurídica de las aludidas instituciones financieras y compañías, imprimiéndoseles "carácter oficial", según el artículo 6º de la Ley 117 de 1985 que creó el Fondo.

La suscripción de capital sería equivalente a los "soportes estatales" de que habla el artículo 467 del Código de Comercio y llevaría implícita la voluntad del Estado para contratar.

Y así, por el principio de que el interés particular cede al general, "... no se circunscribe entonces (la acción gubernamental) a las entidades nacionalizadas, *sino (sic) extiende sus efectos a aquellas sociedades de otros sectores que el legislador buscó proteger con la emergencia económica*... a las compañías comerciales donde aquellas participan, por existir conexidad jurídica entre ellas e identidad de fines en sus consecuencias' (subrayas de la Superintendencia).

Concluye la Circular demandada que a tales compañías comerciales, por ostentar semejantes caracteres, les es aplicable el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta de segundo grado o indirectas, por lo cual sus estatutos "...deben amoldarse a las prescripciones del Decreto 130 de 1976 y a las normas del Código de Comercio así como a los presupuestos de la Ley 20 de 1975, respecto al control fiscal... y la Superintendencia continuará ejerciendo la inspección y vigilancia que le confieren la Constitución Nacional y la ley...".

Señala el actor como infringidos los artículos 8º del Decreto 1050 de 1968, 4º, 5º, 6º y 14 del Decreto 2920 de 1982, 1º y 21 del Decreto 130 de 1976, y 461, 462 y 110 del Código de Comercio.

Explica que en el evento de las nacionalizaciones de que trata la Circular, no se puede dar la exacta concreción de entes sujetos al régimen de las sociedades de economía mixta, sino cuando exista una ley que los autorice o cree, se trate de instituciones financieras avocadas a alguna de las circunstancias previstas en el artículo 5º del Decreto 2920 de 1982, y se haya proferido, respecto de cada una, la Resolución ejecutiva de su nacionalización.

Y, así mismo, cuando el acto de su creación conste en escritura pública y aparezcan expresos en ella el acuerdo de voluntades y las condiciones de participación del Estado.

Y que si bien en las nacionalizaciones de que se trata se ha prescindido de algunos de tales requisitos, reafirma esto las restricciones que subordinan la acción gubernamental en el asunto discutido, no

pudiendo extenderse la noción de sociedad de economía mixta a simples sociedades comerciales que ni son instituciones financieras ni han sido nacionalizadas, por el mero hecho de que las nacionalizadas sean socias o accionistas de aquellas.

Pues bien, independientemente de que, en efecto, aparezca ostensible la contradicción entre los supuestos y conclusiones de la Circular impugnada y los preceptos que se alegan quebrantados, como resultado de una "...sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas..." (C. C. A., 152), procede aquí la suspensión provisoria por una particularísima causa adicional.

El Decreto 3125 de 1986 (cfr. Diario Oficial 37663, pág. 4, octubre 8 de 1986) reglamentario, justamente, de "los efectos que produce la nacionalización de las entidades financieras", precisa que esta medida de excepción, la nacionalización, se contrae exclusivamente a cada institución financiera en otras sociedades mercantiles, y dispone en su artículo 1º que "...las resoluciones ejecutivas mediante las cuales se decreta la nacionalización de instituciones financieras, no modifican la denominación, tipo, régimen legal y naturaleza jurídica de las personas jurídicas en cuyo capital participan las entidades mencionadas...".

En consecuencia y sin más consideraciones, se dispone:

1º Admítese la demanda.

a) Notifíquese personalmente al señor Superintendente de Sociedades;

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

c) Cumplido lo anterior, fíjese en lista por diez días para los efectos del artículo 207, numeral 3º del Código Contencioso Administrativo.

2º Suspéndese provisionalmente la Circular externa número 002 de marzo de 1986, expedida por la Superintendencia de Sociedades.

Notifíquese.

José Joaquín Camacho Pardo.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTIVIDAD CONTABLE. EJERCICIO POR "FIRMAS U ORGANIZACIONES CON CONTADORES PUBLICOS" (Suspensión provisional).—

El artículo 1º del Decreto número 907 de 1983, determina "que no podrán ejercer esas actividades contables aquellas firmas en que la totalidad de los socios dejen de ser contadores; es decir, que hasta con que uno de ellos sea contador para que la firma pueda desarrollar ese objeto".

Suspéndese provisionalmente los efectos de la Circular que la Junta Central de Contadores dio a la publicidad en la edición del diario "El Tiempo", de Bogotá correspondiente al día 6 de mayo de 1986, página 9A.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cinco de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 613. Actor: José Joaquín Bernal Arévalo.

En ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y con solicitud de suspensión provisional en el mismo libelo, el ciudadano José Joaquín Bernal Arévalo acude a esta Corporación en demanda de nulidad del por él llamado "ordenamiento informativo", pero que en realidad se acomoda a una Circular, que la Junta Central de Contadores, entidad dependiente del Ministerio de Educación Nacional, publicó en la edición del diario "El Tiempo", de Bogotá, correspondiente al día 6 de mayo de 1986.

A su demanda acompaña el accionante una petición suya formulada ante la citada Junta Central de Contadores en procura de copia auténtica de dicha Circular, "con constancia de su publicación en el Diario Oficial" y la respuesta que le dio tal Junta, con inserción auténtica de copia de la Circular en cuestionamiento, pero sin constancia de su publicación en el órgano oficial aludido.

Como la demanda satisface los requerimientos meramente formales de ley, será admitida.

El accionante radica su petición suspensiva provisoria en que la Circular atacada quebranta de modo ostensible el artículo 1º del Decreto número 907 de 1983, dado que la Circular "prohíbe el ejercicio

de la actividad contable a las firmas cuyos socios no sean todos contadores públicos", en tanto que el artículo 1º del Decreto 907 "determina que no podrán ejercer esas actividades contables aquellas firmas en que la totalidad de los socios dejen de ser contadores; es decir, que basta con que uno de ellos sea contador para que la firma pueda desarrollar ese objeto".

Ciertamente basta con el simple cotejo de la doble columna para apreciar o percibir el grueso quebranto que la Circular hace del mencionado artículo del Decreto, norma superior:

Dice la Circular de la Junta Central de Contadores:

"Que en la actualidad *sólo pueden dedicarse a las actividades contables* de que trata el artículo 12 de la Ley 145 de 1960, legalmente y bajo la vigilancia de esta Junta, *las firmas u organizaciones integradas o constituidas exclusivamente por Contadores Públicos*, ya que el único permiso vigente para operar es la autorización de funcionamiento reglamentada por el artículo 3º del Decreto 1776 de 1973, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 907 de 1983".

Dice el artículo primero del Decreto reglamentario 907 de 1983:

"*La Junta Central de Contadores*, además de las funciones previstas por los artículos 7º, 19 y 20 de la Ley 145 de 1960, *podrá revocar* la autorización de funcionamiento a las *firmas de Contadores Públicos*, en los siguientes casos, además de los ya establecidos en la ley:

a) *Cuando los socios dejen de ser, en su totalidad, Contadores Públicos:*

(.....)".

De las partes destacadas de la Circular y del artículo 1º del Decreto 907 de 1983, surge evidente el palmario quebranto que aquella hace de la disposición reglamentaria. Y la transgresión resalta de modo ostensible, puesto que la Circular atacada exige que solamente pueden dedicarse a las actividades contables "las firmas u organizaciones integradas o constituidas exclusivamente por Contadores Públicos", en tanto que el precepto del Decreto manda que no pueden ejercer actividades contables las firmas de Contadores Públicos: "Cuando los socios dejen de ser, en su totalidad, Contadores Públicos", evento en el cual la Junta Central de Contadores "podrá revocar la autorización de funcionamiento" a dichas firmas. Como dice el impugnador, basta con que uno solo de los socios o miembros de las firmas, juntas u organizaciones de Contadores Públicos sea Contador Público para que aquellas puedan funcionar; pero la Circular agrega o añade la exigencia de que dichas firmas sólo pueden funcionar cuando la totalidad de sus miembros esté constituida por Contadores Públicos. Aunque la redacción del artículo primero del Decreto deja mucho que desear y peca contra la gramática y el buen uso del idioma y específicamente

contra la sintaxis o correcta ilación sintáctica, no por ello deja de significar lo que se ha señalado. En consecuencia, prospera la medida precautelativa impetrada.

Por lo expuesto, el Despacho

Decide:

1º *Se admite la demanda* incoada. Por ende, *dispone:*

a) Se tiene al ciudadano José Joaquín Bernal Arévalo como parte demandante;

b) Se tiene como parte demandada a la Nación colombiana, representada en este caso por el Ministro de Educación Nacional;

c) Notificar personalmente este proveído al Fiscal Primero de la Corporación;

d) Notificar igualmente en forma personal esta providencia tanto al Ministro de Educación Nacional, como al Presidente y al Secretario General de la Junta Central de Contadores;

e) Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para efectos del artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo;

f) Solicitar por Secretaría los antecedentes administrativos al Ministerio de Educación Nacional y a la Junta Central de Contadores.

2º *Suspender provisionalmente* los efectos de la Circular que la Junta Central de Contadores dio a la publicidad en la edición del diario "El Tiempo", de Bogotá, correspondiente al día 6 de mayo de 1986, página 9A.

3º Prevenir al Ministerio de Educación Nacional y a la Junta Central de Contadores de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción alguna del contenido mismo o semejante de la Circular cuyos efectos quedan suspendidos.

4º Enviar copia auténtica, *in integrum*, de esta providencia al Ministerio de Educación Nacional y a la Junta Central de Contadores.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO SEPTIMO

ACTOS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN RELACION CON EL CONGRESO

TRATADOS INTERNACIONALES.—

Deben considerarse "como un acto jurídico complejo que no se realizan plenamente, mientras no se cumpla la totalidad de sus actuaciones que lo informen, incluidas la legislativa indispensable para su aprobación y existencia". DEMANDA POR VICIOS FORMALES. Conocimiento de la Corte Suprema por razones de jurisdicción y competencia. PROMULGACION. Es un acto administrativo que puede calificarse como de simple ejecución de la voluntad del Congreso y que no es susceptible de recurso alguno.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., nueve de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *José Joaquín Camacho Pardo.*

Expediente número 532. Actor: Pedro Pablo Camargo.

Por medio del escrito demandatorio que antecede, el ciudadano y abogado Pedro Pablo Camargo, en ejercicio de sus derechos legales consagrados en el artículo 84 del Código Contencioto Administrativo, somete al control jurisdiccional de esta Corporación, el acto en virtud del cual el señor Presidente de la República, el día 14 de diciembre de 1986, aprobó el tratado de extradición "entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979", cuyo texto aparece publicado en el Diario Oficial número 37733 de 14 de diciembre de 1986 (fls. 1 a 4).

Considera el demandante que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible la Ley 27 de 3 de noviembre de 1980, aprobatoria del tratado de extradición celebrado entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, fue desconocida "por un acto del ejecutivo extemporáneo" lo cual "es irregular e implica un ostensible abuso de poder, con la clara transgresión de los preceptos constitucionales invocados". Por lo anterior, estima así mismo, que "hay nulidad absoluta del acto que acuso y así debe declararse por el honorable Consejo de Estado".

Ahora bien, se procede a estudiar la admisión de la demanda para decidir si ésta es viable, por reunir los requisitos y formalidades exigidas por la ley o, si por el contrario, en razón de defectos de orden sustantivo o de fondo debe inadmitirse, como sucede cuando quiera que falte uno de los presupuestos procesales, sin los cuales no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso.

Con la anterior finalidad, esta Sala unitaria toma en cuenta lo siguiente:

Precisamente, uno de estos presupuestos procesales es el de la competencia del juez, entendida como el Poder Jurisdiccional que tenga determinado juez o corporación, para resolver, mediante sentencia de mérito, al asunto sometido a su decisión.

Así pues, en el caso en examen, bien se advierte que el acto acusado cencreta precisamente una actividad que cumple el señor Presidente de la República, como máxima autoridad del Poder Ejecutivo, en relación con el Congreso, consistente en cumplir con el deber de sancionar las leyes, función ésta definida en el artículo 120-2 de la Constitución Nacional, en los términos que siguen: "Promulgar las leyes, sancionarlas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento".

La promulgación de la ley, acto previo a su cumplimiento, indica que, por lo menos en teoría, este ordenamiento ha llegado al conocimiento de los administrados, por lo que puede hacerse efectiva esta presunción. Es este un requisito considerado por el profesor Alvaro Copete Risaralde, como de "aquellos que no pueden ser modificados ni por el constituyente, por pertenecer a la esencia ontológica del concepto...".

En relación con los tratados internacionales, la honorable Corte Suprema de Justicia ha considerado que la validez de éstos depende de "operaciones distintas y sucesivas, tanto interiores como internacionales que forman un todo", por lo que es la misma Carta la que señala su trámite nacional así:

"Su concierto pertenece al Gobierno y su aprobación al Congreso. En consecuencia los tratados se consideran, negocian y forman por el Jefe de Estado o su representante con plenos poderes; y agotado este trámite preliminar del negocio, al Congreso corresponde aprobarlo o improbarlo por medio de la ley, la cual requiere sanción y aprobación ejecutiva para ser publicada en el Diario Oficial (arts. 120-20, 76-18, 81, 120-2 y 86 de la C. N.). (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de octubre de 1985).

En el presente caso se trata, pues, de una ley aprobatoria de un tratado, considerado por la misma Corte "como un acto complejo, integrado por una sucesión necesaria de actos intermedios, sin los cuales no logra su formación...".

Y, este acto complejo, según los términos de la sentencia cuya copia auténtica se adjuntó a la demanda, "requiere que cada uno de sus segmentos integrantes, se ciñan a los requisitos que le son propios", pues, como a continuación agrega esa alta Corporación, tomando los argumentos de otra de sus sentencias "cada pieza integrante del convenio internacional es indispensable, de modo que cuando una de ellas falta, la operación jurídica final deja de nacer..." (del fl. 25 del expediente).

Por lo demás, esa misma Corporación en la sentencia cuya copia aompaña a esta actuación, ratifica el carácter de acto complejo que tienen las leyes aprobatorias de los tratados internacionales, advirtiendo que "si la ley es apenas uno de los requisitos para que el

tratado adquiera eficacia y unida a los otros actos que la componen entra a formar parte inescindible del acuerdo internacional, los vicios sustanciales que afecten su proceso genético (y sean de tal entidad porque no permitan considerarlas como existentes por su vulnerabilidad constitucional)", necesariamente se proyectan o inciden en el acto complejo y no permiten que éste adquiera existencia en el orden normativo interno o doméstico..." (pág. 25 del expediente).

En este orden de ideas, se llega a la conclusión final de que le asiste la razón a la Corte cuando dice que los tratados internacionales deben considerarse "como un acto jurídico complejo que no se realizan plenamente, mientras no se cumpla la totalidad de sus actuaciones que lo informen, incluidas la legislativa indispensable para su aprobación y existencia..." (sentencia de 6 de junio de 1985).

Por lo que, a manera de conclusión, piensa esta Sala unitaria, que quien pretenda demandar una ley aprobatoria de un tratado internacional por vicios formales como el que el demandante señala, debe hacerlo ante la honorable Corte Suprema de Justicia, por la vía de la acción contemplada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, pues, es a esta Corporación a quien corresponde su conocimiento, por razones de jurisdicción y competencia, acusando allí todo el acto complejo que integra el tratado incluyendo su promulgación, ante la imposibilidad jurídica de separar el solo segmento de su promulgación y publicación, para demandarlo como un acto administrativo que contiene una decisión ejecutoria, ante el Consejo de Estado.

Lo anterior, por cuanto la promulgación no es acto separado del resto de la ley ni tampoco exclusivo del señor Presidente de la República, en cuanto que, según el artículo 89 de la Carta y, cuando quiera que se den las situaciones previstas en el respectivo título de la Constitución Nacional, esto es, "si el Gobierno no cumpliere el deber que se le impone de sancionar las leyes en los términos y según las condiciones que este título establece, las sancionará y promulgará el Presidente del Congreso".

La promulgación es, por tanto, un acto administrativo que puede calificarse como de simple ejecución de la voluntad del Congreso y que no es susceptible de recurso alguno.

Las leyes no obligan sino por virtud de la promulgación y de su publicación con inserción en el periódico oficial, según las reglas de los artículos 52 y 54 del Código de Régimen Político y Municipal. De igual manera, la notificación de los actos administrativos constituye un requisito impuesto por la ley para hacerlos exigibles a los administrados, de riguroso cumplimiento, hasta el punto de que sin el lleno de esta formalidad, "no tendrá efecto legal la decisión", según lo expresa el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo. Pero, en estos casos, no sería viable la demanda de la sola diligencia de publicidad con notificación personal o presunta, independientemente de la decisión notificada. Se trata entonces, de actos que van después de la adopción de la ley por el Congreso o de la aprobación de la decisión jurisdiccional, según sea el caso, los cuales, son simples actos de ejecución que, en la primera situación no puede separarse del acto complejo del tratado y, en la segunda, tampoco puede independizarse

de la providencia notificada, por cuanto si así se hace, dichos segmentos no son susceptibles de ningún recurso jurisdiccional.

Frente a la incompetencia del Consejo de Estado, por razones de jurisdicción y entendido este concepto como la facultad de administrar justicia mediante la aplicación de normas legales a casos concretos, se procede a *inadmitir la demanda*, según lo prevé el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, para los casos en que no es posible corregirla, precisamente por "falta de jurisdicción"; y, en consecuencia se ordena devolver los anexos al demandante.

Notifíquese.

José Joaquín Camacho Pardo.

Victor M. Villaquirán, Secretario.

TITULO II

CAPITULO PRIMERO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS GOBERNADORES

PODER DE POLICIA.—

1º La Rama Ejecutiva ostenta el poder de policía.

2º Definición según Laubadére.

a) Definición de poder de policía, y

b) Definición de POLICIA ADMINISTRATIVA.

Control de los actos expedidos con base en el poder de policía.
a) De carácter administrativo, son controlados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo;

b) De naturaleza penal y civil. Escapa al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4º ACTOS DE POLICIA ADMINISTRATIVOS Y "NO ADMINISTRATIVOS, PENALES O CIVILES".

5º DELITOS PROPIAMENTE DICHOS Y ACTOS CONTRAVENCIONALES NO CONSTITUTIVOS de delitos.

6º ORDEN PUBLICO. ACTO JURIDICO DE CARACTER PREVENTIVO O REPRESIVO. Relacionado con la conservación o el restablecimiento del orden público y por tanto atinente al ejercicio de los derechos subjetivos y libertades públicas constituya por ese solo hecho un acto administrativo más específicamente un acto de policía administrativa cuyo control de legalidad corresponda a la jurisdicción especial o contencioso administrativa (Ejemp: Decreto 1038 de 1984). DELITOS RELATIVOS AL CULTIVO O CONSERVACION DE PLANTAS QUE PRODUZCAN DEPENDENCIA FISICA O SIQUICA.

JUICIOS DE POLICIA DE CARACTER PENAL O CIVIL.

El artículo 82 del Decreto 01 de 1984, excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa los actos dictados en juicios de policía de carácter penal o civil.

CONTRAVENCION DE CARACTER PENAL.

Decreto 1061 de 1984.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diez de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Proyectó: Doctora *Myriam Guerrero de Escobar,* Magistrada Auxiliar de la Corporación.

Referencia: Proceso número 423. Actora: Bonnie Linn Marra.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 19 de junio de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante el cual se revocó la providencia que admitió la demanda.

Antecedentes:

1. La señora Bonnie Linn Marra, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Córdoba los siguientes pronunciamientos:

a) Se declare la nulidad de la Resolución número 002807 de 8 de noviembre de 1985, expedida por el Gobernador del Departamento de Córdoba, por medio de la cual se ordenó un decomiso y se impusieron unas sanciones pecuniarias por valor de $ 20.000.000.oo;

b) A título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución antes mencionada, se ordene la devolución de una aeronave tipo BEECHCAFT, bimotor, color azul cielo con rayas horizontales azul subido, de matrícula NC9EG, que era piloteada por la demandante y se le devuelva la suma de $ 20.000.000.oo que fueron cancelados por ésta y por el señor Tom Schalaebtz Slebi al Departamento de Córdoba, como multa o sanción;

c) A título de indemnización de perjuicios, se condene al Departamento de Córdoba a pagar los intereses, corrección monetaria y pérdida del valor adquisitivo del dinero cancelado en razón de la multa impuesta y hecha efectiva (fls. 1 a 4).

2. Mediante auto de 19 de mayo de 1986 el Tribunal Administrativo de Córdoba dispuso admitir la demanda, efectuar notificación personal al Gobernador de dicho Departamento y al señor Fiscal Primero de la Corporación, fijar el negocio en lista y reconocer personería al procurador judicial de la demandante (fl. 20).

3. El Departamento de Córdoba, por conducto de apoderado, interpuso recurso de reposición contra el auto antes mencionado, aduciendo carencia de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del proceso, por tratarse de una decisión proferida dentro de un juicio de policía de carácter penal, excluido por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo del conocimiento de esta jurisdicción (fls. 22 a 25).

4. Por auto de 19 de junio de 1986 se decidió el recurso de reposición accediendo a la revocatoria del auto admisorio de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) "El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, al referirse al objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo dispuso claramente en su inciso tercero lo siguiente:

> "La jurisdicción en lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario".

b) La Resolución sancionatoria demandada se fundamenta en el Decreto 1061 de 1984 que en su artículo 1º establece las sanciones a imponer a quienes incurran en las contravenciones de carácter penal, allí señaladas, "contravenciones en que incurrieron los señores Tom Schalaebtz y Bonnie Linn Marra según la Resolución acusada y que fue lo que el Gobierno Departamental tuvo en cuenta para imponer las multas respectivas";

c) La honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho que: "Hay juicio policivo de naturaleza penal cuando se trata de contravenciones que violan una norma protectora de un precepto penal, sin afectar el derecho mismo, pero que conllevan la amenaza de un daño. Estos hechos, generalmente, están previstos por los Códigos Departamentales de Policía, y dan lugar a juicios que terminan en una decisión jurisdiccional de policía, verdadera sentencia, excluida así mismo de manera expresa del control de la jurisdicción contenciosa administrativa (*Anales*, T. LV, pág. 151)";

d) Al revisar detenidamente la Resolución número 002807 impugnada, se concluye que "hubo un verdadero juicio de policía, un verdadero proceso policivo adelantado contra los señores Tom Schalaebtz Slebi y Bonnie Linn Marra por violaciones de las normas que en dicha Resolución se expresan del Decreto número 1061, que son contravenciones de carácter penal..." (fls. 32 a 35).

5. Contra el auto a que antes se hizo relación interpuso la demandante el recurso de alzada que ahora se decide, argumentando en síntesis lo siguiente:

a) El artículo 83 del Código Contencioso Administrativo al definir los actos administrativos omitió consideraciones sobre la circunstancia de que éstos sean ejecutados en función administrativa, así como no tuvo en cuenta aspectos relacionados con el elemento orgánico del acto;

b) "La administración produce actos que no siempre cumplen funciones administrativas de las que le son específicas y que se encuentran consagradas en la Constitución Nacional, sino que producen actos que no siempre son administrativos como son los policivos. Los llamados actos policivos son propios de la Rama Ejecutiva y que en principio la ley no puede ponerlos en cabeza de la Administración Pública";

c) El Decreto 1061 de 1984 "tipifica una serie de conductas sancionables con multas y que se encuentran bajo la competencia de los Gobernadores, Intendentes o Comisarios, etc. También prevé este Decreto un procedimiento el cual está obligada la Administración a seguir para que pueda culminarse con una sanción. Mal podría nuestro ordenamiento dejar sin control un Decreto que permite en un procedimiento breve y sumario sancionar a una persona por presuntas violaciones a nuestro espacio aéreo. En esta forma cualquier ciudadano podría ser acusado temerariamente por autoridad o aún por un particular y no existiría forma alguna que permitiera reparar la eventualidad de los perjuicios que nazcan de un Acto Administrativo que viole la Constitución y la ley. Cierto es así, que las conductas contenidas en este Decreto son incontrolables por la jurisdicción contenciosa admi-

nistrativa, no tenía el legislador que ponerse en el trabajo de consagrar un procedimiento para investigar las conductas de los sindicados; porque si no existe control administrativo, el funcionario competente para sancionar a las personas sindicadas por presuntos delitos o contravenciones de este tipo podría sancionarlas desde el momento en que las pusieron bajo sus órdenes" (fls. 36 y 37).

Consideraciones:

I. La Resolución número 002807 de 8 de noviembre de 1985, expedida por el Gobernador del Departamento de Córdoba, "por la cual se ordena un decomiso y se imponen unas sanciones pecuniarias", se fundamenta, tanto en su parte sustantiva como procedimental, en las disposiciones contempladas en el Decreto número 1061 de 5 de mayo de 1984. En efecto, en ella se invoca como fundamento de las sanciones impuestas, la ejecución de conductas previstas en el artículo 1º, literal a), numerales 1 a 5, previo el adelantamiento del procedimiento contemplado en el artículo 7º de dicho Decreto (fls. 11 a 18).

II. El artículo 1º del Decreto mencionado expresamente califica como *contravención de carácter penal* la realización de los hechos tipificados en él y cuya ejecución se imputa a la actora en el acto demandado y el artículo 7º *ibídem* establece el juicio o proceso a seguirse para su investigación y juzgamiento.

III. El artículo 82, inciso tercero del Código Contencioso Administrativo, excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa los actos o providencias dictados en juicios de policía de carácter penal o civil.

IV. La Rama Administrativa o Ejecutiva detenta el poder de policía, como que es a ella a quien la Carta Política atribuye la conservación del orden público y su restablecimiento cuando éste fuere turbado (art. 120, ordinal 6º).

"En realidad el poder de policía se define, según Laubadére, por su fin, que es velar por la tranquilidad (ausencia de desórdenes o perturbaciones), la seguridad (que no haya riesgos de accidentes) o la salubridad pública (que no haya reisgos de enfermedades). La policía administrativa es una forma de intervención que ejercen ciertas autoridades administrativas y que consisten en imponer limitaciones a las libertades de los individuos, con el propósito de asegurar el orden público" (Manual de Derecho Administrativo, Bogotá, Editorial Temis, 1984, pág. 198).

Precisamente en desarrollo de dicho poder se expiden actos y se adelantan actuaciones de carácter administrativo, cuyo control compete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por regla general, en aplicación de los incisos primero y segundo del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo; pero ello no implica que todo acto jurídico de carácter preventivo o represivo relacionado con la conservación o el restablecimiento del orden público y por tanto atinente al ejercicio de los derechos subjetivos y libertades públicas constituya por ese solo hecho un acto administrativo, más específicamente un acto de policía administrativa cuyo control de legalidad corresponda a la jurisdicción especial o contencioso administrativa.

Paralelamente a la existencia de actos administrativos de policía o actos de policía administrativa, para cuya expedición deberá seguirse el procedimiento que con carácter general o especial prevean las respectivas normas, existen actos de policía de naturaleza penal y civil que dirimen controversias de esta índole y para cuya emisión deberá adelantarse el respectivo procedimiento o juicio policivo también previsto por la ley de manera general o especial.

V. El artículo 18 del Código Penal divide o clasifica los hechos punibles en delitos y contravenciones y el artículo 38 del Código de Procedimiento de la materia atribuye expresamente el conocimiento de las últimas a las autoridades de policía, las cuales darán precisamente lugar, a la iniciación y tramitación del condigno proceso de policía sujeto a reglas generales o especiales adjetivas o procedimentales, que culminará con la expedición de un acto de policía de naturaleza penal, cuyo control de adecuación a la normatividad jurídica en aspectos tanto de fondo como de forma escapa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a términos del artículo 82 del Código del ramo.

La expresa referencia que hace la disposición antes citada a los actos de policía no administrativa, —penales o civiles—, se explica precisamente en razón de que, al contrario de lo que sostiene el recurrente, dicha norma sí tuvo en cuenta, al definir el acto administrativo (art. 83 del C. C. A.), el criterio orgánico, formal o subjetivo y siendo, por regla general, las autoridades de policía parte integrante de la Rama Administrativa o Ejecutiva, de no consagrarse la excepción mencionada podría pensarse en la posibilidad de atacar tales actos por la vía judicial ante la justicia especial o contencioso administrativa, desvirtuándose la naturaleza misma de los actos así acusados, que es jurisdiccional penal o civil y no administrativa.

Ya esta Corporación ha sentado jurisprudencia reiterada al respecto, al pronunciarse sobre la disposición contenida en el artículo 73, numeral 2º de la Ley 167 de 1941 que el artículo 82 del nuevo Código Contencioso Administrativo repite, entre otros en auto de 2 de febrero de 1962 (T. LXIV, números 397-398, pág. 264) en el cual dijo lo siguiente:

> "Según el ordinal 2º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa las resoluciones que se dicten en los *juicios de policía de naturaleza penal o civil*, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales. Hay juicio policivo de naturaleza civil, cuando se trata de controversias entre particulares sobre responsabilidad contravencional (*Anales*, T. LV, pág. 151), decididas por el funcionario de policía. Semejantes resoluciones, dados sus fines, están expresamente excluidas del control jurisdiccional contencioso administrativo. Tales, por ejemplo, las dictadas por las autoridades de policía con motivo de los juicios posesorios y de las acciones de amparo de marcas. Hay juicio policivo de naturaleza penal, cuando se trata de contravenciones que violan una

norma protectora de un precepto penal, sin afectar el derecho mismo, pero *que conllevan la amenaza de un daño*. Estos hechos, generalmente, están previstos por los Códigos Departamentales de Policía, y dan lugar a juicios que terminan con una decisión jurisdiccional de la policía, verdadera sentencia, excluida, así mismo, de manera expresa del control de la jurisdicción contencioso administrativa (C. P., art. 2º; C. de P. P., arts. 32 y 49). En las hipótesis de infracciones sancionables por las autoridades de policía que no violen un precepto protector de una norma penal, ni afecten directamente el derecho mismo, no hay juicio de naturaleza penal ni sentencia o acto jurisdiccional de los funcionarios policivos, sino simples infracciones de normas administrativas, que dan lugar a sanciones de la misma índole, antecedidas siempre por un trámite o procedimiento gubernativo, no calificable como 'juicio' en el sentido estricto del proceso judicial que debe dársele a esa palabra en el ordinal 2º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo" (El subrayado no es del texto).

Encuentra corroboración la tesis de la jurisprudencia precitada en la distinción que ha querido hacer el ordenamiento jurídico al respecto entre delitos propiamente dichos y actos contravencionales no constitutivos de delitos, pero sí de naturaleza penal, así:

1. Mediante el Decreto 1038 de 1984 de 1º de mayo de 1984 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República, con fundamento en que grupos armados han atentado contra el régimen constitucional y grupos antisociales relacionados con el narcotráfico vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana.

2. En desarrollo de dicho Decreto se dictaron, entre otros, los Decretos 1060 y 1061 de 5 de mayo de 1984. Por el primero se expiden normas tipificadoras de delitos relativos al cultivo o conservación de plantas que produzcan dependencias física o psíquica.

Por el Decreto 1061 y en clara distinción y contraste con el Decreto 1060 se consagran "contravenciones de carácter penal" que pueden imponerse además de "las sanciones penales a que hubiere lugar" (art. 1º).

Es decir que a través de procedimiento expeditos, como es el previsto en el Decreto 1061 se contemplan y juzgan los hechos sancionables como tales contravenciones y que se encaminan a impedir que sirvan de medios o instrumentos para la comisión del acto criminal. (Este último puede corresponder a los delitos tipificados en el Decreto 1060 o a cualesquiera otros). Así por ejemplo, incurre en dicha contravención la tripulación, el dueño, el tenedor o explotador de aeronave de servicio privado o comercial que aterrice en aeropuerto o puntos no autorizados por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o que opere en aeropuertos autorizados fuera de los horarios establecidos para tal fin; opere aeronave sin llevar a bordo los documentos que acrediten su nacionalidad y la autorización del plan de vuelo correspondiente; la interne en el país o la conduzca al exterior sin cumplir los requisitos exigidos en las leyes y reglamentos; em-

prenda vuelo o varíe sin autorización o sin el plan de vuelo correspondiente, sin notificar tal decisión a una torre de control; no presente, después de autorizar, plan de vuelo cuando fuere el caso y las licencias técnicas y médica de las autoridades, en los eventos en que fuere requerido para el efecto, etc. (art. 1º, numerales 1 a 5 del literal a.).

VI. Del mismo modo, y en aras de la preservación del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, el Decreto 1061 de 1984 contempla todo un procedimiento al efecto, así:

"Artículo 7º Las contravenciones establecidas en este Decreto serán investigadas y juzgadas conforme al siguiente procedimiento:

a) El Gobernador, Intendente o Comisario, o el Alcalde Mayor de Bogotá, adelantará la investigación o podrá comisionar a funcionarios de la Secretaría de Gobierno o de la que haga sus veces, a la Oficina Jurídica o Divisón Legal de la respectiva Gobernación, Intendencia o Comisaría, o de la Alcaldía Mayor de Bogotá, para que actúen como funcionarios de instrucción;

b) Se oirá en descargos al contraventor, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a aquella en que haya sido puesto a su disposición, diligencia para la cual estará asistido por un apoderado.

Si fueren 5 o más los contraventores, el término anterior se ampliará a 72 horas;

c) A partir del día siguiente al de la diligencia descrita en el literal anterior, empezará a correr un término de 5 días hábiles para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el imputado, su apoderado, o decretadas de oficio;

d) Si dentro de las 24 horas siguientes al conocimiento de los hechos no hubiere sido posible oír en descargos al contraventor por no haber comparecido, se le emplazará por edicto que permanecerá fjadó durante 2 días en la Secretaría de la Gobernación, Intendencia o Comisaría o de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Si vencido este plazo no compareciere, se le declarará contraventor ausente y se le nombrará defensor de oficio para que actúe hasta la terminación del diligenciamiento;

e) Transcurridos los anteriores términos, el Gobernador, Intendente o Comisario, o el Alcalde Mayor de Bogotá, dictará la correspondiente Resolución motivada, en la que se hará constar la identidad del contraventor, el hecho que se le imputa y las penas correspondientes, en los casos en que las explicaciones no hubieren desvirtuado satisfactoriamente los cargos. Igualmente se determinará el decomiso definitivo de los medios de transporte indicando su destinación así: Las aeronaves al servicio de la Fuerza Aérea, las embarcaciones al servicio de la Armada Nacional y los automotores al servicio del Ejército, de la Policía Nacional o de cualquier otra entidad oficial, salvo cuando los vehículos hayan sido utilizados para el tráfico de estupefacientes,

caso en el cual la adjudicación definitiva será hecha de conformidad con lo previsto en el Decreto 1060 de mayo 5 de 1984.

Artículo 8º En caso de absolución se ordenará la libertad inmediata del contraventor, si estuviere privado de libertad y la devolución de los elementos que le hayan sido incautados, si fuere del caso.

Si se trata de aeronaves, embarcaciones o vehículos terrestres particulares de matrícula extranjera, se pondrán en todo caso a disposición de la justicia penal aduanera.

Artículo 9º Cuando de las diligencias aparezca la posible comisión de un delito, la autoridad que haya efectuado la aprehensión, dará además aviso inmediato al juez competente para el adelantamiento de la investigación correspondiente. Si se inicia la acción penal, el juez deberá comunicarlo así inmediatamente al Gobernador, Intendente o Comisario respectivo, o al Alcalde Mayor de Bogotá.

Artículo 10. Finalizado el *proceso contravencional*, si se hubiere iniciado acción penal por los mismos hechos, el sindicado deberá ser puesto a disposición del juez, con los vehículos, elementos o mercancía decomisados" (se subraya).

VII. Siendo los hechos que dieron origen a la expedición de la Resolución demandada en el caso *sub lite*, calificados por el artículo 1º del Decreto número 1061 de 1984 de manera explícita e inequívoca como hechos punibles de carácter penal dentro de la categoría de contravenciones, carece la jurisdicción de lo contencioso administrativo de competencia para pronunciarse sobre la presunta ilegalidad de la misma y sobre los posibles daños allí derivados, por lo cual habrá de confirmarse el auto de 19 de junio de 1986 recurrido.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

Confírmase el auto de 19 de junio de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 6 de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

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

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTOS DE LA ASAMBLEA Y DEL GOBERNADOR. Naturaleza. PODER DE REGLAMENTACION. La reglamentación no se limita a la literalidad de la norma, sino que debe ir a su contenido implícito, diducidándolo, para que el reglamento no se convierta en copia servil de aquella. POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBERNADOR.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., primero de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *José Joaquín Camacho Pardo.*

Proyecto redactado por el Magistrado Auxiliar *Humberto Beltrán Achury.*

Expediente número 110. Actor: Omar Franco Martínez.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Tunja, contra la sentencia fechada el 1º de noviembre de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

La demanda:

En acción pública, el señor abogado Omar Franco Martínez demandó la nulidad parcial del Decreto 1390 de 29 de septiembre de 1981 por el cual, en uso de facultades extraordinarias conferidas por la Ordenanza número 4 del 15 de junio del mismo año, el Gobernador del Departamento adoptó el nuevo Código de Policía de Boyacá, habiendo impugnado específicamente los siguientes artículos:

"...1, 2, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 62, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 90 (C. R. N.), 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 105, 102, 103, 104, 105 (sic), 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 123 (sic), 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 142, 143, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 173, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 207, 236, 239, 309, 311, 313, 322, 323, 325, 326, 327, 338, 350, 353, 394, 397, 398, 426, 435, 436, 467, 468, 469, 496, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 510, 511, 512, 513, 514, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, o artículo 119, Decreto 522 de 1971, 524, 527, 535, 536, 538, 539, 540, 541, 543, 544, 546, 555, copia íntegra del C. de Ntes. (sic) Decreto-ley 2811 de 1974, Ley 23 de 1973, artículos 557 a 572, 573, 574, 575, 576,

577, 578, 579, 580, 582 (*ibídem* 132), 583 (134, Decreto 2811 de 1974), artículo 134 —sic—), 585, 586, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 615, 621 (corr. art. 120, Decreto 522 de 1971), 630...".

Esgrimiose, como elemento sustancial de la acusación el que la mencionada secuencia normativa no fuese más que la escueta transcripción y transposición a un régimen local de policía, de igual número de disposiciones de mayor jerarquía colectadas, principalmente, de los Decretos 1355 de 1970, 522 de 1971 y 2811 de 1974 y la Ley 23 de 1973, que hacen parte de los Códigos Nacionales de Policía, Recursos Naturales y Tránsito.

Y que sin embargo de su aparente inocuidad, redundaba necesariamente el suceso en la tautología de aquella normatividad, por hacer expedita la inoficiosa reproducción para una fracción del territorio nacional de lo que ya era aplicable a todo éste, con violación de los preceptos constitucionales en materia policiva.

Inquirió, entonces, el actor si las facultades extraordinarias del Gobernador incluían la adopción de ordenamientos de eficacia nacional con el solo expediente de la copia, si no entrañaba esto permitir lo que la Carta prohíbe y si no debía dicho funcionario, como la asamblea misma, conformarse a un factor de competencia "residual", proveyendo solamente en aquello de lo que no se hubiera ocupado la ley.

Tras minuciosa confrontación numérica de las disposiciones acusadas del Código de Policía expedido, con las pertinentes de la legislación nacional que se dicen reproducidas por éste, invocó un pronunciamiento de esta Corporación, de 9 de julio de 1982, en asunto similar y, sobre lo postulado, señaló infringido el artículo 187-9 de la Constitución Nacional.

La providencia apelada:

Para empezar, destaca el Tribunal la tendencia a la unificación del derecho de policía colombiano, en normas de carácter general que dejan a Asambleas y Concejos, en sus respectivos territorios, sólo una posibilidad secundaria de reglamentación, reducida a aquellas situaciones no previstas por el legislador.

"Al respecto —dice— la Constitución Nacional en su artículo 187, numeral 9º, ordena:

"Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas:

"'...

"'9º Reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal'.

"Conforme a este canon, tales reglamentos de policía local vienen a ser supletorios de los generales trazados por la ley; pero la facultad deferida a estos entes administrativos por ministerio de la norma transcrita, de ninguna manera los habilita para reglamentar lo ya reglamentado por la ley. Al hacerlo se incumple el mandato constitucional que sólo le (sic) dispensa la competencia para regular asuntos

no contemplados por el legislador dentro del estatuto general policivo o como lo definió el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 1982, dentro del expediente número 3641, que las *'asambleas no se encuentran facultadas para adoptar la legislación nacional, como sí lo están para cumplirla...'*" (subrayas en el texto).

Prosigue, que los Decretos 1355 de 1970 y 522 de 1971, que integran el Código Nacional de Policía, la Ley 23 de 1973 y el Decreto 2811 de 1974, que contienen el Código Nacional de recursos renovables y de la protección del medio ambiente, así como el Decreto 1344 de 1970 sobre tránsito y transportes, la mayoría de cuyas disposiciones fueron copiadas por el Decreto acusado, son eficaces en todo el territorio nacional y no se requiere de reproducción y adopción en las secciones y localidades, como si fueran estas "estados soberanos".

Retoma y analiza la extensa confrontación numérica de normas que propusiera el actor para concluir que, efectivamente, los artículos demandados del Decreto expedido por el Gobernador, son una reproducción textual de la legislación nacional sobre la materia, violatoria en consecuencia, del artículo 187, numeral 9º, de la Constitución y que deben ser anulados, como en efecto lo decide.

No obstante, se abstiene de pronunciamiento alguno en cuanto a los artículos 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 75, 76, 77, 79, 80, 81 y 82 del cuestionado Decreto "...en razón de haber sido anulados ya por esta Corporación en sentencia del 30 de noviembre de 1984, expediente 425 y que se encuentra en firme...".

Niega, del mismo modo, las súplicas de la demanda "... respecto de los artículos reseñados por éste (el actor) dentro de la petición y que no quedaron incluidos dentro del listado de normas cuya anulación se decretó en el numeral primero de la presente providencia...".

El listado de normas anuladas por la sentencia, es el siguiente:

"...2, 20, 23, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 236, 239, 309, 311, 313, 323, 325, 326, 327, 338, 350, 353, 394, 397, 398, 426, 435, 467, 469, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 510, 511, 512, 513, 514, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 527, 535, 536, 538, 530, 540, 541, 543, 546, 555, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 582, 583, 585, 586, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 602, 603, 604, 615, 621 y 630...".

La alzada:

Resúmese a la aceptación de que, ciertamente, el Código de Policía de Boyacá es una "adaptación forzada" de la legislación nacional, además con "supresión inconsecuente de estatutos legales" y que las asambleas se deben limitar, en asuntos de policía, a llenar vacíos en los aspectos de que no se hubiere ocupado la ley, como también se predica en el artículo 8º, numeral 2º del Código Nacional de Policía.

Pero que ello no es suficiente, como elemento de juicio, para que sobrevenga una declaración de nulidad, ya que la "inocuidad adjetiva" de la copia y adopción de tal legislación, no hacen inaplicable el código expedido, ni lo rotulan como contrario a los fundamentos jurídicos y filosóficos de la competencia fijada en la Carta o en la ley.

"...Si todos los colombianos —prosigue— somos destinatarios de aquella normatividad nacional, no existe modo de endilgar al nuevo Código de Policía (de Boyacá) la falta de carácter tautológico que se le fija para invocar su anulación... Si su contenido no se acomodara en instante alguno a los factores regionales y a las necesidades sociales, bien podría designarse por trámite adecuado una comisión más estudiosa que expida un código diferente para un departamento como el nuestro... No existe a nuetro modo de ver la posibilidad de atribuir a la actuación de la duma departamental o de la comisión integrada o del acto gubernamental, rebasamiento o extralimitación de la residualidad de la competencia para expedir el nuevo código. Su contenido es discutible y mientras exista esa relatividad no parece posible ni viable la anulación que nos ocupa..." (fl. 274).

La vista fiscal:

Comparte íntegramente el señor Fiscal Primero de la Corporación las conclusiones de la sentencia apelada, por encontrarlas conformes con la normatividad y jurisprudencia imperantes, bastando ello en su concepto para mantener el fallo.

Encuentra, además, que la heterogeneidad de las disposiciones complicadas en el Decreto demandado, y en el evento de oposición entre ellas haría prácticamente inoperantes las reglas del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, en los intentos que se hicieran por armonizarlas y establecer la primacía de las unas frente a las otras, ya que se han refundido en uno varios códigos, introduciendo así el caos interpretativo.

Y que semejante codificación arbitraria, por su forma y contenido, atenta contra la unidad y métodos previstos en el artículo 42 del Código Político y Municipal, que impone a los proyectos de ley una nomenclatura acorde con la naturaleza de los asuntos tratados en forma que estos, si lo requieren, figuren en leyes y códigos separados.

Las consideraciones de la Sala:

De la naturaleza de los actos de la Asamblea y del Gobernador.

De muy antiguo, la autoridad política ha estado centralizada en el Ejecutivo o Gobierno, del que es agente en la región el Gobernador Departamental.

A tal autoridad, adicionalmente, ajena a su función administrativa, se han asignado el deber y la facultad de cumplir y hacer cumplir las leyes que regulan el orden público y la seguridad social, donde sus decisiones, en lo que atañe a la prevención y represión de los eventos de infracción a dichas leyes, constituyen el ejercicio de lo que se suele denominar "función de policía".

Igualmente, en virtud de autorización de la Asamblea, el Gobernador puede ejercer, *pro tempore*, funciones que ordinariamente corresponderían a aquella incluida, obviamente, la de "reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal" (C. N., 187-9-10).

O lo que es lo mismo, que eventualmente el Gobernador podría ejercer también el denominado "poder de policía", pero no con el sentido de expedir la ley policiva, sino de reglamentar la preexistente (cfr. sentencia, abril 21 de 1982, Corte Suprema de Justicia).

Huelga decir que esta restricción de la competencia funcional, que desde luego se predica simultáneamente de la Asamblea, proviene, en primer término, de ser al Congreso al que está atribuida privativamente, según la regla general de competencia del artículo 76 de la Constitución, la función de hacer las leyes, con la sola excepción de los casos expresamente confiados a otro órgano o agente del Estado.

Y, en segundo lugar, de que desde la propia Constitución de 1886 las Asambleas Departamentales hayan tenido, invariablemente, el carácter de corporaciones administrativas, y a sus actos y aquellos que con su autorización expide el Gobernador, no se les hubiera reconocido índole legislativa.

Del poder de reglamentación:

Creado el derecho o expedida la ley y con arreglo a los cánones constitucionales, compete a los agentes del Estado su ejecución, en ejercicio de la función administrativa, y sólo cuando ostensiblemente aparezca que el texto exige un desarrollo para ponerlo en movimiento y hacerlo eficaz, o llenar vacíos y suplir detalles de ejecución no previstos en él, surge la actividad reglamentaria.

Y aunque la interpretación de la ley normalmente es atributo de la jurisdicción, ha admitido esta Corporación que la reglamentación no se limite a la literalidad de la norma, sino que vaya a su contenido implícito, dilucidándolo, para que el reglamento no se convierta en copia servil de aquella (cfr. sentencia, noviembre 23 de 1984, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera).

Así mismo, sin embargo de que la potestad reglamentaria tal como se le concibe en la doctrina tradicional, es exclusiva del Presidente de la República y, de suyo, indelegable, no ha habido tampoco inconveniente en admitir que el Gobernador, como ejecutor que es de las ordenanzas, reglamente estas, aún sin norma constitucional o legal que le otorgue expresamente ese poder (C. N., 120-3, 194-1).

De las conclusiones:

Conforme a los numerales 9º y 10 del artículo 187 de la Constitución, la autorización que podía otorgar la Asamblea y recibir el Gobernador, no era para "expedir el nuevo Código de Policía de Boyacá", como desprevenidamente reza la ordenanza de facultades, sino estrictamente para "reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal".

Por tanto, el Gobernador estaba sujeto a diversas restricciones, una genérica impuesta por la naturaleza de sus funciones administrativas y policivas, que lógicamente le impedía crear el derecho o hacer la ley.

Otra dada por su ya restringido poder de reglamentación, que le dejaba sólo la alternativa de llenar vacíos, suplir reglas de detalle, o escudriñar el espíritu de los preceptos para desarrollar el derecho creado, si había lugar a ello.

Y la explícita en el precepto constitucional comentado, que le constreñía a expedir un reglamento que no incluyera nada de lo que ya fuera objeto de disposición legal.

Los artículos acusados del Decreto que "expide el Código de Policía de Boyacá" son, según lo probado, copia textual de disposiciones de la legislación nacional vigente.

Mas no de la "inocuidad adjetiva" con que se pretende minimizar el despropósito, puesto que quien hace suyas y expide como atribución propia una serie de normas generales, impersonales y coercibles, para que tengan inmediato efecto en espacio y tiempo, usa y abusa de presupuestos fácticos de la noción de ley y se convierte en un inusitado "legislador" contra toda previsión constitucional o legal.

Excede, igualmente, el marco natural del ejercicio de la función de policía e, incuestionablemente, los precarios linderos de un poder de reglamentación que eran a los que debían estar la autorización de la Asamblea y el decreto del Gobernador.

Empero, basta que se haya probado suficientemente la aducida violación del artículo 187, numeral 9º, de la Constitución Nacional, para que el recurso no pueda prosperar.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

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 treinta de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, No asistió; *Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

GOBERNADORES. AUTORIZACIONES DADAS POR LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. EXPEDICION DE NORMAS (Nulidad).—

Decláranse nulos los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 18 y 30 del Decreto 471 y el Decreto 472 del 1º de junio de 1984, expedidos por el Gobernador.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 585-12497. Autoridades Departamentales. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo y Luis Enrique Alvarez.

Adalberto Carvajal Salcedo y Luis Enrique Alvarez Vargas, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, presentaron dos demandas que posteriormente fueron acumuladas, en las cuales pidieron se decrete la nulidad de los artículos 12 a 16, 18 y 30 del Decreto 471, y del Decreto 472 del 1º de junio de 1984 expedidos por el Gobernador del Huila.

Las normas violadas y el concepto de la violación se expusieron así, respectivamente:

"El artículo 12 del Decreto número 471 de junio 1º de 1984, es ostensiblemente violatorio de los artículos 11 y 12 de la Ordenanza número 014 de 1983, al decir que el personal asignado a los Distritos Operativos no tendrán derecho al cobro de viáticos por el desempeño de sus funciones dentro del área geográfica que comprende el respectivo Distrito, porque en la primera de estas normas se establece, sin discriminación alguna que tampoco podría hacerlo, el derecho de todos los empleados del Departamento que deben viajar en comisión de servicios, a devengar los viáticos que les correspondan, según su nivel y su grado, conforme a la escala de cuantías fijadas para cada nivel.

"Obsérvese que las únicas condiciones establecidas en el artículo 11 de la Ordenanza número 014 de 1983, para tener derecho a los viáticos, consisten en que el empleado 'deba viajar', y que lo haga 'en comisión de servicios'.

"Es elementalmente lógico que la expresión 'deba viajar', significa el desplazamiento del empleado fuera del lugar (Municipio o Dis-

trito Municipal) donde se encuentra ubicada la sede de la dependencia a la cual ha sido asignado; y que dicho desplazamiento (viaje) se haga por orden superior o por necesidades del servicio. La expresión 'en comisión de servicios', implica necesariamente que el motivo del viaje ha de ser exclusivamente para cumplir o desempeñar funciones oficiales. Estos, por lo menos, son los criterios fijados sobre el particular en los artículos 22 del Decreto 2400 de 1968, en el artículo 75 del Decreto 1950 de 1973, y en los artículos 61 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, para regular lo relativo a las comisiones de servicio y el pago de viáticos a los empleados del orden nacional.

"El artículo 12 de la Ordenanza 014 de 1983 establece que el personal docente al servicio de la Secretaría de Educación, 'tendrá derecho' a los viáticos diarios que, según el monto de su remuneración básica, les corresponda en la escala fijada en la misma norma, cuando deban cumplir comisiones de servicio dentro del Departamento. "Esta escala es diferente a la de los demás empleados departamentales, en razón de que la remuneración mensual de los docentes, es fijada por la ley, según el grado en el Escalafón Nacional Docente (Decreto de 1984), en virtud de la nacionalización de costos en la educación oficial (Ley 43 de 1975)'.

"Conforme a lo expuesto, el señor Gobernador no podía, so pretexto de reglamentar la forma como deben cumplirse las comisiones de servicio en el Departamento, derogar las normas contenidas en los artículos 11 y 12 de la Ordenanza número 014 de 1983, en cuanto se refiere al personal que presta sus servicios en las sedes de los llamados 'Distritos Operativos', que parecen ser los mismos Distritos Educativos creados por el Decreto número 163 de 1984, con facultades extraordinarias conferidas por la Asamblea Departamental mediante la Ordenanza número 015 de 1983. Tal es el caso de los Decretos 190 de marzo 22 de 1984 y 347 del 24 de mayo de 1983. En esta forma, el Gobernador rebasó los límites de las precisas facultades conferidas por medio de la Ordenanza número 023 de 1983.

"Así mismo, el artículo 12 del Decreto 471 de 1984 es violatorio de los artículos 5º, 76-5, 187-4-10, 194 y 198 de la Constitución Nacional; 76 del Código Civil; 97-22, 127, 140 y 141 de la Ley 4ª de 1913; 1º de la Ley 14 de 1969, 1º de la Ordenanza 023 de 1983 y 1º del Decreto Ordenanza 163 de 1984, en cuanto estas normas establecen con absoluta claridad los conceptos de Municipio o Distrito Municipal, Distrito Educativo (Operativo) y Domicilio de las personas naturales, y en el acto acusado se mezclan en uno solo estos conceptos, para establecer que el domicilio de los empleados que prestan sus servicios a los 'Distritos Operativos' de la Secretaría de Fomento Agrario y Minero, Obras Públicas y Educación, es el área geográfica que comprende el respectivo Distrito.

"Es evidente que al negarse a los empleados de los Distritos Operativos el derecho a devengar viáticos por los viajes que realicen dentro del área geográfica que comprende el respectivo Distrito, para el desempeño de funciones oficiales, se están sustituyendo, para ese efecto, los conceptos de Distrito Municipal y de domicilio de las personas, por el concepto de Distrito Operativo, que comprende varios municipios, inclusive considerablemente distantes unos de otros, como

es el caso del Distrito Educativo número 2, integrado por los municipios de Colombia, Baraya, Villavieja, Tello y Aipé, cuya sede es Neiva. Vale decir que, según el nuevo criterio de la Administración Departamental sobre el domicilio de los empleados del Departamento, o lo que es igual, su sede habitual de trabajo, los empleados del Distrito Educativo número 2, tienen su domicilio en un Distrito Municipal que comprende seis municipios, y por tal motivo no tienen derecho a viáticos cuando deben viajar en cumplimiento de funciones oficiales, dentro de dicho ámbito.

"El artículo 13 del Decreto número 471 de junio 1º de 1984, mediante el cual, el Gobernador del Huila creó un 'Auxilio de Marcha' para los empleados públicos que laboran en los 'Distritos Operativos' de las Secretarías del Departamento, cuando permanezcan fuera de la Cabecera Municipal que ha sido señalada como sede del Distrito, adelantando acciones de trabajo, es ostensiblemente violatorio de los artículos 76-9-10, 187-5-10 y 194 de la Constitución Nacional; de los artículos 11 y 12 de la Ordenanza número 014 de 1983, y del artículo 1º de la Ordenanza número 023 de 1983, por los siguientes motivos:

"1º El Gobernador se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Asamblea Departamental mediante la Ordenanza número 023 de 1983, en cuanto dichas facultades se referían exclusivamente a la expedición de normas sobre el cumplimiento de comisiones de servicio por parte de los empleados del Departamento, y el funcionario aprovechó indebidamente esta autorización para crear una sobrerremuneración a favor de los empleados que prestan sus servicios en los 'Distritos Operativos', bajo la denominación de 'Auxilio de Marcha', pero con características jurídicas de 'viáticos', y convertible en salario, por virtud de que se puede causar durante 20 días al mes y 240 días al año.

"2º Según la reglamentación contenida en el *Capítulo IV* del Decreto 471 de 1984, y especialmente por la definición consignada en el artículo 30 *ibídem*, es obvio que la Administración Departamental, lo que pretendió no fue otra cosa que cambiar, para algunos empleados, el régimen general de comisiones de servicio y pago de viáticos, consagrados en los artículos 11 y 12 de la Ordenanza 014 de 1983, por el otorgamiento del llamado 'Auxilio de Marcha'. Dice así el citado artículo 30 del Decreto 471 de 1984.

" 'Por constituir el Auxilio de Marcha una modalidad que garantiza atender los gastos de desplazamiento del personal al servicio del Departamento en los Distritos Operativos, éste se cancelará con cargo al Rubro de Viáticos y Gastos de Viaje del Presupuesto de Gastos de las respectivas Secretarías'.

"Conforme a lo expuesto, hemos de concluir necesariamente, que el Gobernador, no sólo excedió las facultades conferidas por la Asamblea, sino que violó también las disposiciones contenidas en los artículos 11 y 12 de la Ordenanza número 014 de 1983, así como las normas constitucionales y legales ya citadas, que fijan las funciones de las Asambleas Departamentales y las de los Gobernadores.

"3º En el supuesto caso de que el 'Auxilio de Marcha' creado por el Gobernador del Huila en el artículo 13 del Decreto 471 de 1983,

pudiera, dada su denominación, calificarse como una prestación social, estaría este acto viciado de nulidad por ser también violatorio de los numerales 9º y 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional, por cuanto, según estos preceptos, es función exclusiva del Legislador establecer el régimen de prestaciones sociales de todos los empleados públicos, sean estos nacionales, departamentales o municipales (fls. 4 a 7).

"Invoca el señor Gobernador 'sus facultades legales y en especial las conferidas por la Ordenanza número 023 de 1983' para proferir el Decreto número 472 de junio 1º de 1984, mediante el cual se fijan las cuantías del 'Auxilio de Marcha' para los empleados públicos del Departamento.

"Sin embargo, basta con la simple lectura de la citada Ordenanza, para apreciar el hecho de que en ninguna de sus partes se faculta al Gobernador para crear o para fijar prestaciones de carácter laboral a cargo del Departamento. Se autoriza sí al Gobernador 'para que expida normas sobre cumplimiento de las comisiones de servicio de los empleados del Departamento, en los diferentes Distritos y Municipios' y se prorrogan 'las facultades conferidas al Gobernador por la Ordenanza 09 de 1982 para expedir o reformar el Código de Policía Departamental'.

"Tal como lo exige el ordinal 10 del artículo 187 de la Constitución Nacional, las autorizaciones que las Asambleas Departamentales confieren al Gobernador, para ejercer funciones que corresponden a tales Corporaciones, deben ser 'precisas', esto es, que no puede inferirse de ellas sino aquello que exprese claramente su tenor literal.

"El texto de la Ordenanza número 023 de 1983 hace referencia a la expedición de normas para reglamentar la forma como han de cumplirse las comisiones de servicio por parte de los empleados del Departamento, y la expedición o reforma del Código Departamental de Policía, pero en ningún momento puede entenderse que la autorización para el ejercicio temporal de estas funciones, implique la posibilidad de fijar remuneraciones, auxilios económicos o prestaciones de ninguna naturaleza para los empleados departamentales.

"La violación de los ordinales 1º, 5º 9º y 10 del artículo 187 de la Constitución Nacional, es también manifiesta, por cuanto, mediante el Decreto 472 de 1983, el Gobernador no cumplió ninguna de las facultades conferidas por la Asamblea en la Ordenanza número 023 de 1983, que se referían a las funciones contempladas en los ordinales 1º y 9º, y en cambio sí hizo propia una de las atribuciones asignadas a la Asamblea en el ordinal 5º del artículo 187, como es la de establecer las escalas de remuneración de los empleados del Departamento. El artículo 194 de la Carta Fundamental también fue ostensiblemente violado, porque en esta norma, que consagra las atribuciones del Gobernador, no se observa que este funcionario pueda legalmente crear emolumentos de ninguna índole a favor de los empleados departamentales y a cargo del Tesoro Seccional.

"*V Conceptos de violación.*

"Además de los incontrovertibles argumentos expuestos para sustentar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, po-

demos agregar las siguientes consideraciones, que sin lugar a duda son suficientes para proferir fallo definitivo de anulación en contra del Decreto número 472 de junio 1º de 1984.

"No se especifica en el Decreto 472 de junio 1º de 1984, si el 'Auxilio de Marcha' para los empleados públicos asignados a los 'Distritos Operativos' de las Secretarías del Departamento, se establece con base en las facultades a que se refiere el artículo 1º de la Ordenanza número 023 de 1983, o a las facultades del artículo 2º *ibídem*, pero no es difícil deducir, de acuerdo con lo dispuesto por el mismo Gobernador en los artículos 12, 13 y 30 del Decreto 471 de 1983 (demandados en acción de nulidad), que esta prestación se crea con el propósito de sustituir, para un grupo de empleados, el derecho que, según los artículos 11 y 12 de la Ordenanza número 014 de 1983, tienen todos los empleados de la Administración Departamental, a devengar viáticos con motivo de las comisiones de servicio.

"Es pues, por este aspecto, el acto acusado violatorio de los artículos 11 y 12 de la Ordenanza número 014 de 1983 y del ordinal 5º del artículo 187 de la Constitución Nacional, en cuanto asigna a la Asamblea Departamental, la función de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del Departamento" (fls. 10 y 11).

El Tribunal del conocimiento profirió sentencia el 3 de julio de 1985 negando las peticiones de la demanda. La parte demandante interpuso el recurso de apelación, el cual, después de tramtitado en el Consejo de Estado se pasa a resolver, previas las siguientes

Consideraciones:

La Asamblea del Departamento del Huila expidió el 19 de octubre de 1983 (fl. 120) la Ordenanza 014 de ese año, por medio de la cual se establecieron las escalas de remuneración de los empleos de la administración departamental central y se dictaron otras disposiciones, entre las cuales, los artículos 11 a 13 sobre viáticos por comisión de servicios, la que regiría a partir del 1º de enero de 1984.

Tales disposiciones dicen:

"*Artículo 11. De la fijación de los viáticos:*

"Los viáticos se fijarán según la asignación básica mensual que corresponda al nivel y grado del funcionario que deba viajar en comisión de servicios hasta las siguientes cantidades diarias:

. . . . . .

"*Artículo 12.* El personal de planta al servicio de la Secretaría de Educación que tenga el carácter docente, tendrá derecho a la siguiente escala de viático diarios cuando deban cumplir comisiones de servicio dentro del Departamento, los cuales se pagarán según el grado que acrediten en el Escalafón Nacional Docente más el porcentaje de incrementos que sobre la asignación básica se les haya reconocido así:

. . . . . .

"*Artículo 13.* Cuando el servicio se preste fuera del Departamento, los viáticos establecidos en los artículos 11 y 12 de la presente Ordenanza, se pagarán en cuantía doble y además, se reconocerán los gastos de transporte".

Al mes siguiente, el 29 de noviembre, se expidió por la misma Asamblea la Ordenanza 023, por medio de la cual se le concedieron unas facultades al Gobierno Departamental. Su artículo primero dispuso:

"De conformidad con el numeral 10 del artículo 187 de la Constitución Nacional, facúltase al Gobernador del Departamento, *para que expida normas sobre cumplimiento de las comisiones de servicio* de los empleados del Departamento, en los diferentes Distritos y Municipios" (Subrayas de la Sala).

En desarrollo de tales facultades el Gobierno Departamental del Huila, profirió los Decretos 471 y 472, el 1º de junio de 1984, los cuales se acusan en su totalidad el segundo y los artículos 12 a 16, 18 y 30 el primero, cuyo texto es el siguiente:

"*Decreto número 471*

"*Por el cual se dictan normas sobre el cumplimiento de comisiones de servicio de los empleados del Departamento* y se dictan otras disposiciones".

"*Artículo 12.* El personal asignado a los Distritos Operativos de la Secretaría de Fomento Agropecuario y Minero, Obras Públicas y Educación no tendrán derecho al cobro de viáticos por el desempeño de sus funciones dentro del área geográfica que comprende el respectivo Distrito.

"*Capítulo IV*

"*Auxilio de marcha*

"*Artículo 13.* El Gobierno Departamental concederá un Auxilio de Marcha a los Empleados Públicos que laboran en los Distritos Operativos de las Secretarías del Departamento cuando permanezcan fuera de la Cabecera Municipal que ha sido señalada como sede del Distrito, adelantando acciones de trabajo.

"*Artículo 14.* El Auxilio de Marcha que se autoriza para los funcionarios que laboran en los Distritos no podrá exceder de veinte (20) días al mes.

"*Artículo 15.* Para el reconocimiento del Auxilio de Marcha de que tratan los artículos anteriores, se requiere la presentación por parte del funcionario de la programación de actividades que va a desarrollar en el mes siguiente, la cual debe ser aprobada por el Jefe o Director del Distrito correspondiente quien debe certificar sobre su cumplimiento.

"En dicho programa o plan se deberá precisar en forma clara la labor u objeto a realizar día por día.

"*Parágrafo 1.* Los programas o planes de trabajo deberán enviarse a las divisiones operativas de cada Secretaría el día veintiocho (28) de cada mes.

"De dicho programas se dejará copia para efectos de control y verificación y se pasará el original para la expedición de la resolución administrativa por el Secretario de Despacho correspondiente.

"*Parágrafo 2.* Los funcionarios deberán adjuntar al terminar el mes las constancias correspondientes a los sitios relacionados en el programa, firmadas por las personas a quienes se les practicó su visita.

"*Parágrafo 3.* Los funcionarios de la Secretaría de Educación durante los períodos vacacionales del personal docente no tendrán derecho al reconocimiento y pago del Auxilio de Marcha.

"*Artículo 16.* El Gobierno Departamental fijará mediante norma posterior, las cuantías que reconocerá a los empleados públicos por conceptos de Auxilio de Marcha (fls. 15 y 16).

"*Artículo 18.* Bajo ninguna circunstancia se autorizarán simultáneamente el pago del 'Auxilio de Marcha y de Viáticos'.

"*Artículo 30.* Por constituir el Auxilio de Marcha una modalidad que garantiza atender los gastos de desplazamiento del personal al servicio del Departamento en los Distritos Operativos, éste se cancelará con cargo al Rubro de Viáticos y Gastos de Viaje del Presupuesto de Gastos de las respectivas Secretarías" (fl. 19). (Subrayas de la Sala).

Y por el Decreto 472 se fijaron las cantidades correspondientes a los empleados de los niveles operativos, profesional y para el de "carácter Docente y Directivo Docente al servicio de la Planta de Cargos de la Secretaría de Educación", a título de Auxilio de Marcha, disponiéndose en el artículo segundo que tales cuantías sólo podrán modificarse anualmente en la Ordenanza que establece el régimen salarial para los empleados de la administración departamental central.

Salta a la vista que frente a las facultades conferidas por la Ordenanza 023, transcrita en lo pertinente, el título del Decreto 471, en cuanto dicta otras disposiciones y estas mismas, desbordan el marco de aquellas, pues, sólo era viable expedir normas "sobre cumplimiento de las comisiones de servicio".

Entre las "otras disposiciones" se encuentran las relativas a los viáticos o auxilios de marcha o derechos laborales causados por dichas comisiones, que constituyen materia diferente *al cumplimiento* de las mismas, para la cual se había recibido la potestad normativa.

Si la Asamblea del Huila hubiera querido que se regularan tales derechos de una manera diferente a como lo había dispuesto un mes antes por la Ordenanza 014 de 1983, la redacción de las facultades contenidas en el artículo primero de la número 023 habría sido bien distinta.

No tiene lógica pretender subsumir, como lo hace la sentencia apelada, en las normas sobre cumplimiento de las comisiones de servicio las referentes a los derechos laborales que ellas causen, debido a que para llegar a tal conclusión habría que interpretar con exagerada amplitud las facultades conferidas, siendo que por la *precisión* que exige el artículo 187, 10 para otorgarlas, dicha interpretación debe ser igualmente precisa.

Si así no fuere sería muy fácil soslayar el mandato constitucional referido, usando las facultades sobre temas simplemente relacionados con el contenido en éstas. Así, en este caso habría que entender bien utilizadas las facultades en cuestión sólo porque el cumplimiento de una comisión de servicio causa unos derechos laborales. Pero, como ya se dijo, el Gobernador del Huila sólo recibió facultades para expedir normas sobre el primer punto y no sobre el segundo.

Para la Sala, conforme a lo visto anteriormente, el Decreto 471 en las normas acusadas desbordó las facultades que fueron otorgadas por la Ordenanza 023 aludida.

Por las mismas razones, el Decreto 472, expedido haciéndose uso especial de aquellas facultades, también debe ser declarado nulo.

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 y, en su lugar, se dispone:

Decláranse nulos los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 18 y 30 del Decreto 471 y el Decreto 472 del 1º de junio de 1984, expedidos por el Gobernador del Huila.

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 20 de marzo de 1987.

Gaspar Caballero Sierra, Ausente; *Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

CONTRALOR AUXILIAR Y SECRETARIO GENERAL DE LA CONTRALORIA (Nulidad. Confirmación).—

A nivel constitucional, no existe norma alguna que autorice a las ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES para ELEGIR Contralor auxiliar ni Secretario General de la Contraloría, ni para determinar las calidades necesarias para el desempeño de tales empleos. EMPLEOS. DETERMINACION DE LAS CALIDADES Y ANTECEDENTES. Corresponde a la ley.

Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 1º de julio de 1986, mediante la cual declaró la nulidad de la Ordenanza número 01 de octubre 16 de 1984 de la Asamblea de ese Departamento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número S-010. Asuntos Departamentales. Actor: Alfonso Areiza Lozano.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Administrativo del Chocó, contra la sentencia dictada por el citado Tribunal el 1º de julio de 1986 mediante la cual se declaró la nulidad de la Ordenanza número 01 de 16 de octubre de 1984 que había sido demandada por el ciudadano colombiano Alfonso Areiza Lozano.

Antecedentes:

En libelo presentado el 18 de noviembre de 1985, impetró el citado demandante la nulidad del acto administrativo en cuestión, por el cual la Asamblea Departamental del Chocó "reglamenta la elección del Contralor Auxiliar y Secretario General de la Contraloría del Chocó", anotando que: "En los artículos 1º, 2º y 3º, de la Ordenanza acusada, la honorable Asamblea se atribuyó la facultad de elegir Contralor Auxiliar y Secretario General de la Contraloría Departamental, estableció calidades y rangos para dichos cargos, como también fecha de la elección y comienzo del período".

Como normas violadas indicó los artículos 62, 76-10, 187-8, 197 de la Constitución Nacional y 241 del Código de Régimen Político y Municipal, con relación a los cuales se expresó el concepto de la violación.

En la sentencia apelada dice el Tribunal del Chocó que de conformidad con el numeral 8º del artículo 187 de la Constitución Nacional, a las Asambleas corresponde por medio de Ordenanza organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor Departamental, y que el artículo 366 del Código Fiscal del Departamento, consagra como función del Contralor nombrar y remover libremente los empleados de la Contraloría. Que esas disposiciones son fácilmente entendibles quedando en claro que las Asambleas Departamentales no están facultadas para nombrar ni el Contralor Auxiliar ni el Secretario General; y para anular el acto demandado considera el Tribunal que basta apoyarse en el artículo 62 de la Carta que expresa que es la ley la que determina las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución, agregando que: "El Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes y en general todos los funcionarios que tengan facultad de remover empleados administrativos, no podrían ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público...". Concluye el Tribunal manifestando que como no existe norma legal que determine calidades para ser Contralor Auxiliar y Secretario General de la Contraloría, éstos deben ser limitados a las exigencias de que el nombramiento debe hacerlo la entidad o nominador a quien corresponda por ley.

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado prohijando los razonamientos del Tribunal pide que se confirme el fallo recurrido.

Consideraciones de la Sala:

Diciendo obrar en uso de sus facultades constitucionales y legales, la Asamblea Departamental del Chocó en el artículo 1º de la Ordenanza acusada, dispuso que la designación de Contralor Auxiliar y del Secretario General de la Contraloría Departamental se haría por dicha Corporación para el mismo período del Contralor General. Y en los artículos subsiguientes dictó reglas en relación con las calidades exigidas a los aludidos funcionarios, rangos y fecha de elección.

Sea lo primero advertir, que a nivel constitucional, no existe norma alguna que autorice a las Asambleas para elegir Contralor Auxiliar ni Secretario General de la Contraloría, ni para determinar las calidades necesarias para el desempeño de tales empleos. El único nombramiento que la Carta atribuye expresamente a dichos entes es el de Contralor Departamental al disponer en el ordinal 8º del artículo 187 que corresponde a las Asambleas por medio de Ordenanzas: "Organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años". Y el artículo 62 *ibídem* preceptúa que es a la ley a la que corresponde determinar "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución".

Así mismo, no sobra anotar que el artículo 241 de la Ley 4ª de 1913 permite nombrar para los destinos públicos de mando o jurisdicción. "A todos los ciudadanos en actual ejercicio, menos cuando *la Constitución o la ley* (se subraya) exijan determinados requisitos y cualidades o establezcan prohibiciones determinadas".

Todas estas normas tienen un indudable fin moralizador, persiguiendo evitar la ocurrencia de prácticas viciadas en la determinación de la estructura administrativa a nivel departamental o municipal, en cuanto hace a cargos, funciones etc. Estas actividades a términos del artículo 62 de la Constitución citado no pueden ejercerlas los funcionarios o entidades que tengan facultad para nombrar y remover empleados administrativos, sino "dentro de las normas que expida el Congreso para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido".

En el caso presente la Asamblea Departamental del Chocó se limitó a invocar unas inexistentes facultades constitucionales y legales, para dictar su Ordenanza 01 de 1984, pasando por alto que las autoridades, sea cual fuere su rango, sólo pueden hacer aquello que expresamente les esté atribuido por el ordenamiento jurídico vigente en un momento dado y, así, como antes se ha explicado, sólo a la ley en su sentido formal, compete determinar las condiciones de acceso al servicio público. Consecuencialmente, al establecer en la Ordenanza acusada la Asamblea del Chocó calidades y rangos para el ejercicio de los cargos de Contralor Auxiliar y de Secretario de la Contraloría Departamental, obró con violación de la preceptiva legal aquí analizada. Y como el Tribunal en la sentencia que se revisa así lo determinó, ella será confirmada.

Finalmente debe advertirse, que el presente asunto había sido discutido inicialmente en la Sala de la Sección el día 9 de marzo del año en curso; pero como en ella se presentó un empate al momento de votarse, en acatamiento a lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo se dispuso pasarlo a la Sala Plena para dirimir el empate. Sin embargo, como uno de los Consejeros de la Sección se ha retirado de la Corporación y el doctor José Joaquín Camacho Pardo lo ha reemplazado, con el visto bueno de la Sala Plena se retiró el negocio para ser considerado de nuevo en la Sección con miras a establecer si persiste o no el empate que inicialmente se había suscitado.

Y en razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 1º de julio de 1986, mediante la cual declaró la nulidad de la Ordenanza número 01 de octubre 16 de 1984, de la Asamblea de ese Departamento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 30 de mayo de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO TERCERO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE "OTRAS" AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

AVALUO CATASTRAL. FORMACION. "VALORES UNITARIOS Y CATEGORIAS DE PRECIOS".—
Decreto 3496 de 1983, artículo 8º y Decreto 90 de 1986.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor *Nelson Zuluaga Ramírez*, Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 442. Apelación Interlocutorios. Actor:

Sociedad "García González Inversiones y Construcciones Ltda.".

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en este proceso sobre nulidad de las Resoluciones 25-000-0043-84 de 28 de diciembre de 1984, 25-000-0002-85 de 23 de abril de 1985 y 25-000-0005-85 de 11 de junio de 1985 dictadas por el Director-Jefe de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca, contra el auto de 24 de abril de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Antecedentes:

En escrito presentado el 4 de octubre de 1985 solicitaron la sociedad García González Inversiones y Construcciones Ltda. y el señor Alvaro García y García, mediante apoderado, se decrete la nulidad de los referidos actos administrativos, así como la suspensión provisional de los mismos, petición esta que sustentó en escrito separado.

Resolvió el Tribunal en su providencia de 24 de abril de 1985, admisorio de la demanda, negando la medida impetrada, decisión que fundamentó en la consideración de que "la lectura de cada uno de los cargos exige un detenido y cuidadoso estudio del total de la demanda para poder tomar una decisión final", por lo cual no se da la "manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación", de acuerdo a la exigencia del inciso 2º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Contra el anterior pronunciamiento interpuso la parte demandante, como ya se dijo, el recurso de apelación. Lo decide de plano la Sala, previas las siguientes

Consideraciones:

De acuerdo a los términos del escrito de interposición del recurso (fls. 95 a 98 del C. principal), apoya el actor su petición de suspensión provisional en la sustentación del cargo tercero contenido en la demanda: "Violación por falta de aplicación del inciso 2º del artículo 4º de la Ley 14 de 1983, del artículo 8º del Decreto reglamentario 3496 de 1983 y de los artículos 57, 63 y 120-3 de la Constitución Política". Transcribe luego lo dicho respecto de este cargo, así: "La tramitación surtida por la Seccional de Catastro de Cundinamarca, carece de fundamentación legal, por cuanto no estuvo precedida del Decreto del Gobierno Nacional, en que éste fijara las categorías de precios unitarios. El Gobierno Nacional ha debido previamente fijar las categorías de precios unitarios, para que la Resolución de la Seccional tuviera fundamentación legal". Dice a continuación el recurrente:

"3. Esta tesis la ha venido sosteniendo desde el día 28 de marzo de 1985, cuando en la vía administrativa presenté recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución que fijó el avalúo catastral para el predio El Espartillo-Ginebra, a partir de 1985.

"4. Apenas hasta el 10 de enero de 1986, el Gobierno Nacional fijó las categorías de precios para los terrenos de las construcciones, para dar así cumplimiento a lo establecido en el artículo 4º de la Ley 14 de 1983.

"5. El Decreto 90 de 1986 fue publicado en el Diario Oficial número 37305 del 11 de enero de 1986, fecha a partir de la cual comienza su vigencia y en el (sic) Gobierno cumplió dicha función.

"6. Por consiguiente, si tan sólo hasta el 11 de enero de 1986 se fijaron categorías de precios de terrenos y edificaciones comprendidas allí las tierras rurales, ello quiere decir que las resoluciones del Director de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca aquí impugnadas y proferidas el 28 de diciembre de 1984, carecen de sustento legal, pues no fueron expedidas de conformidad con la Ley 14 de 1983".

Al desarrollar este cargo, invoca el actor en forma expresa el contenido del artículo 8º del Decreto 3496 de 1983, cuyo texto transcribe: "El avalúo de la formación catastral se obtendrá para zonas geoeconómicas teniendo en cuenta los valores unitarios que las autoridades catastrales determinen para edificaciones y terrenos los cuales se clasificarán dentro de las categorías de precios unitarios que establezca el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público". Comentando esta norma que expresa a renglón seguido (ver fls. 74 y 75) el demandante:

"2. De conformidad con las mencionadas disposiciones legales, cuando la autoridad catastral acomete la formación del avalúo catastral, no es autónoma para determinar los valores unitarios referentes a las edificaciones y terrenos en las zonas geoeconómicas, sino que deberá sujetarse a las categorías de precios unitarios fijadas por el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Hacienda.

"3. La tramitación surtida por la Sección del Catastro de Cundinamarca carece de fundamentación legal, por cuanto no estuvo precedida del Decreto del Gobierno Nacional, en que éste fijara las categorías de precios unitarios, para que la resolución de la seccional tuviera fundamentación legal".

De tal suerte que el artículo 8º del Decreto 3496 de 1983 que es en definitiva la norma de carácter superior que el actor denuncia como violada, contemple dos situaciones distintas: a) Los valores unitarios que las autoridades catastrales determinen para edificaciones y terrenos, valores a los cuales ha de sujetarse el avalúo de la formación catastral; b) Las categorías de precios unitarios que establezca el Gobierno Nacional y dentro de los cuales se clasificarán los susodichos valores. No dice en forma expresa la norma en cuestión que los "valores unitarios" determinados por las autoridades catastrales deban "sujetarse a las categorías de precios unitarios fijados por el Gobierno Nacional", es decir que tales "categorías de precios" deban preceder en el tiempo a la fijación de los "valores unitarios". Esta es simplemente la "tesis" que ha venido sosteniendo" el actor, según sus propias palabras. Una cosa es que los "valores unitarios" se clasifiquen dentro de las "categorías de precios", que es lo que la norma concretamente manda, y otra muy distinta es que las primeras deben ser posteriores a las segunda y sujetarse a ellas. La misma redacción del Decreto 90 de 1986, cuyo texto en fotocopia acompaña el actor a folio 99, parece sugerir, a primera vista que el orden lógico de las cosas es que primero las autoridades catastrales han de determinar los valores unitarios y posteriormente, con fundamento en ellos, el Gobierno Nacional ha de fijar las categorías de precios. Obsérvese cómo en los considerandos del Decreto se dice que "con base en los estudios hechos por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi...se encontraron los siguientes valores unitarios..." (a continuación los valores encontrados). Y en la parte resolutiva, el Gobierno se limita a fijar las diferentes categorías de precios, teniendo en cuenta los valores unitarios encontrados con base en los estudios del Instituto Agustín Codazzi.

Son suficientes las precedentes consideraciones para concluir que de la simple comparación del acto acusado con la norma superior invocada (art. 8º del Decreto reglamentario 3496 de 1983), no aparece que ésta haya sido quebrantada en forma manifiesta. Así las cosas, debe concluirse forzosamente que no se dan las premisas exigidas por el inciso 2º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para proceder a suspender provisionalmente la disposición demandada. Como así lo resolvió el *a quo*, la providencia apelada habrá de confirmarse.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

Resuelve:

Confirmarse el auto de 24 de abril de 1986 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente proceso de nulidad promovido por la sociedad "García González Inversiones y Construcciones Ltda." y por el señor Alvaro García y García.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 30 de enero de 1987.

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

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DEPARTAMENTALES.— (Arts. 217 y 221 del Código Fiscal del Departamento del Cesar).

1º Autoridad competente para adjudicar.

2º La adjudicación se hará mediante resolución. Notificación.

3º Consecuencias DE LA NO FIRMA DEL CONTRATO por el PROPONENTE FAVORECIDO.

4º LICITACION DESIERTA. Declaratoria ¿ a quién corresponde?

5º ADJUDICACION. Obligatoriedad. Debe estar firmada por el Gobernador y debidamente ratificada.

DEMANDA. INTERPRETACION CONTEXTUAL.

Por parte del fallador.

ACTAS. DEMANDA. ¿PROCEDENCIA?

No son demandables. Lo que puede ser objeto de CUESTIONAMIENTO JURISDICCIONAL son las decisiones que se tomaron durante la reunión de la cual da fe el acta.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., cinco de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Proyectó Magistrado Auxiliar: Doctor *Ramiro Borja Avila.*

Referencia: Expediente número 4740 (41). Actor: Departamento del Cesar. Opositor: Agrocesar Ltda.

El Departamento del Cesar, por conducto de apoderado judicial, "en ejercicio de lo ordenado por el artículo 63, inciso 3º y 66 del Código Contencioso Administrativo" (Ley 167 de 1941) demandó la "nulidad del Acta 001 de 22 de enero de 1981 en lo que se refiere expresamente a los motivos o factores que determinaron la votación de los señores Secretario de Gobierno, Secretario de Hacienda, Secretario de Desarrollo y Secretario de Educación Miembros del Consejo de Gobierno en la fecha mencionada, y autores del acto administrativo que contiene la determinación ilegal de adjudicar a la firma Agrocesar Ltda. la licitación DC-05-80...".

El Tribunal Administrativo del Cesar profirió sentencia inhibitoria el 25 de julio de 1985, contra la cual interpuso recurso de apelación la parte demandante, el cual fue concedido y tramitado en debida forma. Se procede a decidirlo de fondo.

I. La providencia recurrida:

El Tribunal se abstuvo de decidir el litigio planteado porque consideró que la demanda era inepta porque no precisó el acto acusado. Para llegar a esa conclusión transcribió algunos apartes jurisprudenciales de los cuales dedujo la interpretación de que las actas no son susceptibles de ser demandadas en lo contencioso administrativo. El *a quo* reflexionó así:

"El acta por sí sola, no constituye un acto administrativo, sino un medio probatorio para demostrar ese acto, aun cuando no sea el único medio para demostrar la existencia del acto.

"El acto administrativo tiene unas características o requisitos para su validez, para que pueda surtir efectos jurídicos, que lo diferencia ampliamente de otros actos que no revisten la calidad de administrativo.

"El acta cuya nulidad se impetra da fe de que el Consejo de Gobierno Departamental sesionó en esa fecha y relata pormenorizadamente todo lo acaecido en esa reunión.

"El acta en cuestión sirve para probar que una decisión fue tomada en una sesión.

"Pero es más, si leemos deternidamente (sic) el Acta 001 encontraremos que allí se relata, no sólo lo relacionado con la adjudicación de la licitación DC-05-80, sino lo referente a la licitación DC-6-8 y otros asuntos más.

"El acta no hace cosa distinta de relatar los hechos ocurridos, pero no es la expresión de esa voluntad administrativa constitutiva del acto administrativo productor de efectos jurídicos.

"El acto administrativo que debió acusarse fue la decisión del Consejo de Gobierno del Departamento del Cesar de adjudicar a Agrocesar Ltda., el contrato correspondiente a la licitación DC-05-80.

"De nada serviría al Tribunal, ni a la justicia, declarar la nulidad del Acta número 001, cuando quedaría incólume la decisión del Consejo de Gobierno del Departamento del Cesar, que es el acto administrativo en sentido estricto".

"... ... ...

"Nótese como encontrándose constituido el Consejo de Gobierno por más de cuatro miembros, como quiera que la adjudicación fue hecha por mayoría de cinco (5) miembros, solamente se demanda el Acta 001 en lo que se refiere expresamente a los motivos o factores que determinaron la votación de los Secretarios de Hacienda, Educación, Gobierno y Desarrollo, cuando lo que en puro derecho debió demandarse fue la decisión del Consejo de Gobierno de adjudicar la licitación a Agrocesar Ltda.

"Si no se precisó el acto acusado, lo que se demanda, habrá de proferirse fallo inhibitorio por inepta demanda".

II. La sustentación del recurso:

El apoderado de la parte actora pretende la revocatoria de la sentencia impugnada para que en su lugar se declare la nulidad impetrada. Consideró equivocada la decisión del Tribunal porque: "En la acción instaurada, consta el acta cuya nulidad se demanda, que en ella se expresa *claramente* que lo demandado es la decisión del Consejo de Gobierno adjudicando a la firma Agrocesar Limitada la distribución en el Departamento del Cesar de los licores de la Licorera del Departamento de Caldas" (fl. 387, C. 1) (Se subraya).

Reiteró sus planteamientos en el sentido de que la decisión tomada en la sesión de que da cuenta el acta es ilegal por que viola los procedimientos previstos para la adjudicación que se le hizo a Agrocesar Ltda. Argumentó *que:*

> "En este orden de ideas, sería catastrófico para la estabilidad institucional, económica y social del país y para la preservación de una recta aplicación de las normas legales para la adjudicación de los contratos por parte de los representantes del Estado, que probada la existencia de una expresa violación de la ley, y conocidos los términos y propósitos ampliamentes comprobados de la entidad adjudicante, cuando esta adjudicación irregular haya sido expresada de varias maneras que contenga la misma decisión, solamente una de ellas constituya la única que pueda ser atacada legalmente en acción de nulidad, y no la otra u otras, porque la doctrina así la haya conceptuado, a pesar de que en lo esencial, en lo fundamental, todas las expresiones de la voluntad oficial conllevan idéntica violación de la ley" (fl. 387, C. 1).

III. El concepto del Ministerio Público:

La Fiscalía Segunda de esta Corporación, en su oportunidad legal correspondiente, solicitó la confirmación de la sentencia apelada porque según su criterio "el acta en comento no es un acto administrativo por el cual se pueda solicitar nulidad". Tal deducción es el resultado del siguiente análisis:

> "Analizado el acto impugnado se observa claramente que no reúne los requisitos del acto administrativo representativo de la voluntad de la administración con miras a producir un efecto jurídico. El acto cuya nulidad se demanda, consigna solamente los diferentes conceptos emitidos por los miembros del Consejo de Gobierno y el resultado de una votación que resultó favorable a la firma Agrocesar Ltda. pero de ninguna manera puede calificarse como el acto por medio del cual se adjudicó la licitación pública número DC-05-80.
>
> "Resulta evidente que el Consejo de Gobierno decidió en la reunión otorgar el contrato a la mencionada firma, pero la adjudicación no puede inferirse del contenido del acta, la cual ni siquiera fue aprobada por los concurrentes a la reunión, toda vez que como lo dispone el ordinal 2º del artículo 217 del Código Fiscal, la adjudicación deberá hacerse *mediante resolución* que

se notificará al proponente favorecido y se comunicará a los no favorecidos.

"Por esta razón se entiende que existe diferencia entre el acta que consigna los resultados de las deliberaciones del Consejo de Gobierno y la Resolución número 705 de marzo 6 de 1981 visible al folio 220, mediante la cual la Administración manifestó su voluntad de declarar desierta la licitación DC-05-80, con el lleno del requisito exigido por la ley, concluyéndose de esta manera que el acta en comento no es un acto administrativo por el cual se puede solicitar su nulidad" (fl. 398, C. 1).

IV. Consideraciones de la Sala:

A) El texto íntegro de lo pedido en la demanda es del siguiente tenor:

"...demando la nulidad del Acta 001 de 22 de enero de 1981 en lo que se refiere expresamente a los motivos o factores que determinaron la votación de los señores Secretario de Gobierno, Secretario de Hacienda, Secretario de Desarrollo y Secretario de Educación Miembros del Consejo de Gobierno en la fecha mencionada, y autores del acto administrativo que contiene la determinación ilegal de adjudicar a la firma Agrocesar Ltda. la licitación DC-05-80, porque violaron expresamente con ese acto lo que al respecto prescribe el Código Fiscal del Departamento, y disposiciones legales armónicas del orden nacional, tales como: Capítulos I, II y IV, artículos 210, 212 literal J), 216, y 217, y demás pertinentes, y los artículos 25, y literal E) del artículo 189 del Decreto 150 de 1976, y demás normas aplicables en armonía con las departamentales, según lo establece el artículo 424 del Código Fiscal" (fl. 42, C. 1).

La lectura textual de la parte transcrita deja la impresión de que se demanda la nulidad de un acta en cuanto a los motivos o factores que determinaron la votación de unos miembros del Consejo de Gobierno.

B) Es evidente que las actas, en cuanto tales, no son demandables ante lo contencioso administrativo, porque ellas no son más que el relato histórico de unos hechos ocurridos en una determinada reunión. Tampoco son susceptibles de ser demandados "los motivos o factores" que determinaron una votación, pues estos apenas sí pueden ser las causas que permitan declarar la nulidad. Lo que sí puede ser objeto de cuestionamiento jurisdiccional son las decisiones que se tomaron durante la reunión de la cual da fe el acta, o las decisiones que fueron el resultado de ciertos motivos o factores.

Pero es obvio que el fallador está en la obligación de interpretar la demanda contextualmente, para desentrañar su verdadero sentido y alcance, pues no son las frases aisladas de ciertos capítulos las que determinan el cabal sentido de ella. Abstenerse de examinar el texto íntegro del libelo puede conducir a errores graves como el que cometió el Tribunal en el asunto *sub júdice*.

En efecto: Si se hubiera estudiado la demanda relacionando unos apartes con otros, sobre todo la *causa petendi* con el concepto de violación (fls. 42 a 47, C. 1) procurando ser fiel al espíritu del demandante, se habría entendido sin mayor dificultad que la impugnación estaba dirigida contra la decisión de adjudicar la licitación a la sociedad Agrocesar Ltda. y no contra el relato de lo que ocurrió en la sesión, como erradamente lo entendió el Tribunal.

C) No obstante lo que se acaba de expresar, la Sala confirmará el fallo de primer grado porque la "decisión tomada en la votación de los Secretarios del Gobernador" no es en sentido estricto una verdadera decisión administrativa, sino apenas el concepto u opinión de un organismo asesor del Gobierno Departamental. Para ilustrar esta conclusión basta transcribir lo que dijo la Sala al resolver en segunda instancia sobre la demanda que Agrocesar Ltda. promovió contra el Departamento del Cesar con base en los mismos hechos y en la circunstancia de que el Gobernador, después de lo ocurrido en el Consejo de Gobierno, declaró desierta la licitación:

"El Tribunal afirmó que el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 fue desconocido por el Gobernador al expedir la resolución cuestionada en razón de que la adjudicación que hizo el Consejo de Gobierno en beneficio de Agrocesar Ltda., creó una situación jurídica particular y concreta, respecto de la sociedad demandante, que no podía ser desconocida sin su consentimiento, como en efecto lo fue al expedirse la Resolución número 705..

"Para saberse si en realidad el acto impugnado es contrario al citado artículo 24 debe estudiarse si la decisión del Consejo de Gobierno creó en favor de Agrocesar Ltda. una situación jurídica individual o reconoció un derecho de igual categoría. Para ello es necesario precisar previamente los alcances de las facultades radicadas en tal organismo y las que tiene el Gobernador, en punto a las licitaciones. El Estatuto que fija las respectivas atribuciones lo es el Código Fiscal del Cesar (arts. 217 y ss.).

"El artículo 217 del Código Fiscal Departamental, que se afirma violado por la resolución impugnada, debe estudiarse en relación con 221 del mismo estatuto, para desentrañar su verdadero alcance y sentido, porque el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía (art. 30, C. C.). El siguiente es el texto de esas dos disposiciones:

" '*Artículo 217. De la autoridad competente para adjudicar:* Corresponde adjudicar al Consejo de Gobierno, previo concepto de la Junta de Adquisiciones y Suministros y de la Oficina de Planeación cuando se trate de contratos que requieren análisis técnicos.

" 'La adjudicación se hará mediante resolución que se notificará al proponente favorecido y se comunicará a los no favorecidos. Contra esta Resolución no procede ningún recurso de vía gubernativa.

"'Si el proponente favorecido no firmare el contrato dentro del plazo que con tal fin se señale, podrá adjudicarse al oferente calificado de segundo, o abrirse una nueva licitación' (fl. 67, C. 1 *bis*).

"'*Artículo 221. De cuándo se declarará desierta la licitación:* El Gobernador declarará desierta la licitación:

"'1. Cuando siendo pública no se presente el número mínimo de propuestas exigidas en el pliego de condiciones.

"'2. Cuando siendo privada, a su juicio, el número de proponentes presentados fuere insuficiente.

"'3. Cuando se hubiere pretermitido alguno de los requisitos exigidos en este Código.

"'4. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones, y

"'5. Cuando a su juicio, las diferentes propuestas se consideraren inconvenientes para el Departamento o se hubiere violado la reserva de las mismas' (fl. 67, págs. 55 y 56, C. 1 *bis*).

"Se colige de las normas que se acaban de transcribir que la 'adjudicación' que hace el Consejo de Gobierno Departamental no deja definida ninguna situación jurídica concreta, porque ese acuerdo del organismo asesor es sin perjuicio de la facultad decisoria radicada en cabeza del Gobernador para declarar desierta la licitación, si en su criterio se ha presentado alguna de las circunstancias consagradas en el artículo 221 citado.

"Tales eventualidades dicen relación, unas con la legislación del proceso de contratación y otras con la conveniencia de la adjudicación. Luego la decisión final de adjudicar o declarar desierta la licitación es del Gobernador. De donde resulta que lo acordado por el Consejo de Gobierno Departamental, cuerpo consultivo del Gobernador, en materia de licitaciones, no define la situación de ninguno de los proponentes y, consecuencialmente no crea derechos individuales para ninguno de ellos, y, *al no ser ese acuerdo una manifestación de voluntad de la Administración,* no se puede afirmar que ya había sido adjudicado el contrato y que el Gobernador quedaba legalmente imposibilitado para ejercer las facultades consagradas en el artículo 221 ya mencionado, referentes a la posibilidad de declarar desierta la licitación, como efectivamente lo dispuso. No se violó, entonces el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, porque no se había presentado aún el supuesto de hecho consagrado en la norma, cual era el de que ya existiera definida una situación jurídica particular y concreta en favor de uno cualquiera de los proponentes. No prospera el cargo estudiado. Lo expresado es suficiente para mantener la resolución cuestionada" (Se subraya ahora).

"... ... ...

"La adjudicación y firma de los contratos administrativos departamentales corresponde al Gobernador, con autorización de la Asamblea Departamental, según expresa disposición del artículo

187, ordinal 10 de la Constitución Política, en armonía con lo dispuesto en el artículo 194, ordinal 4º del mismo estatuto procesal' (SIC).

"Por lo tanto, el artículo 217 del Código Fiscal del Departamento del Cesar, en cuanto en su primer inciso literalmente entrega la adjudicación de los contratos al Consejo de Gobierno, ente simplemente consultivo o asesor (art. 16 *ibídem*) es inconstitucional, así entendido, pero bien puede interpretarse en el sentido de que adjudica el Gobernador con la asesoría de los restantes miembros del Consejo de Gobierno.

"Conforme al artículo 221, ordinal 3º del mismo Código Fiscal Departamental, corresponde al Gobernador del Departamento declarar desierta las licitaciones públicas, lo que está de acuerdo con la norma constitucional comentada y refuerza la anterior conclusión, pues repugna pensar que un organismo puede adjudicar y otro distinto, declarar desierta la licitación.

"El mismo artículo 217 del Código Fiscal, expresa que la adjudicación debe hacerse por Resolución motivada y notificarse al adjudicatario y comunicarse a los no favorecidos.

"Mientras no exista, pues, resolución debidamente expedida y firmada por el Gobernador, *no hay adjudicación*, así lleve la firma de todos los Secretarios de la Gobernación.

"Y aún expedida y firmada legalmente mientras ella no sea debidamente notificada, *no obliga*, no 'producirá efectos legales' y por lo mismo, carece de eficacia jurídica y puede ser revocada (art. 12, Decreto 2733 de 1959)". (Sentencia de agosto 29 de 1985, expediente número 3628. Págs. 29 a 32).

Se impone, entonces, confirmar la sentencia apelada aunque por razones distintas a las invocadas en el fallo recurrido, sin condenación en costas por ser el recurrente persona distinta de un particular, y tratarse de una acción popular promovida por la propia administración.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada. Sin costas.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Julio César Uribe Acosta, Presidente; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION (Departamento de Antioquia).—

Es indispensable haber agotado la vía gubernativa mediante la interpretación oportuna del recurso de reposición contra la providencia que la distribuyó (plazo de un mes y consignación del 20%) para poder acudir a la vía contenciosa administrativa.

VIA GUBERNATIVA. CONTROVERSIAS SOBRE CONTRIBUCION DE VALORIZACION. AGOTAMIENTO.

Es necesario agotarla previamente para acudir ante la jurisdicción contenciosa en el caso de controversias sobre contribución de valorización (arts. 76 y 77 de la Ordenanza número 36 de 1981 del Departamento de Antioquia).
1º En la Ley 167 de 1941.

2º En el Decreto 01 de 1984 (o nuevo Código Contencioso Administrativo).

3º Vía adecuada para reclamar contra los actos que determinan la contribución de valorización.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinte de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Abella Zárate.*

Proyectó: Doctora *Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Expediente número 0503. Actor: Mora & Ramírez Ltda.

Apelación. Sentencia. Fallo.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia de fecha 4 de diciembre de 1984, se declaró inhibido para proferir sentencia de fondo, por indebido agotamiento de la vía gubernativa, en el proceso que la sociedad Mora & Ramírez Limitada promovió contra la actuación que determinó la contribución de valorización a su cargo por concepto de la obra de reconstrucción y pavimentación de la carretera 'Camiloce El Cinco - Fredonia".

Contra la citada providencia interpuso recurso de apelación el apoderado de la actora. Argumenta que la decisión del Tribunal se basa en el equivocado supuesto de que la contribución fue determinada por la Resolución número 17 de 1981, dictada por la Junta de Valorización Departamental, la cual sólo inició el procedimiento adminis-

trativo que culminó con la decisión de la misma Junta, de fecha junio 17 de 1983, que le fijó el gravamen de manera definitiva.

La demanda, formulada en ejercicio de la acción de revisión de impuestos consagrada en los artículos 267 y siguientes de la Ley 167 de 1941, solicitó a la jurisdicción revisar la operación administrativa "... que culminó de manera definitiva con la liquidación de la contribución de valorización a cargo de la firma ... por la obra de reconstrucción y pavimentación de la carretera 'Camiloce El Cinco - Fredonia', contenida en el acto administrativo que sobre este particular recoge la decisión de la honorable Junta de Valorización Departamental correspondiente a la reunión de fecha junio 17 de 1983 y por la cual se liquidó esa contribución en la suma total de capital de $ 9.215.000.oo, más sus intereses causados, revisión que conlleva todos los actos, decisiones y operaciones administrativas que precedieron a la contribución descrita y a su liquidación definitiva emanados de la misma autoridad".

Como consecuencia de las innumerables violaciones alegadas contra todos los actos que incidieron en la determinación, pidió el actor de manera principal, declarar que "... la sociedad Mora & Ramírez Limitada no está obligada a cubrir dicha contribución" y, subsidiariamente, ordenar la práctica de una nueva liquidación que sustituya la demanda.

De los documentos allegados al proceso con motivo de su destrucción, dan cuenta los siguientes hechos:

1º La Junta del Departamento Administrativo de Valorización Departamental, profirió la Resolución número 17 de diciembre 10 de 1981, "por la cual se aprueban los cuadros definitivos distribuidores de contribuciones de valorización correspondientes a la reconstrucción y pavimentación de la carretera Camiloce El Cinco - Fredonia". En el número 009, hoja 60 de los citados cuadros figura la sociedad Mora & Ramírez Limitada, como propietaria de varios predios afectados con las respectivas contribuciones (fls. 110-152 cuaderno 2, antecedentes). Dicha providencia fue notificada por edicto en los correspondientes municipios (fls. 153 y ss.).

Dentro del articulado de la misma providencia se indicaron los recursos procedentes contra ella y los requisitos de su viabilidad, la contribuyente no recurrió contra la Resolución, la cual adquirió firmeza y ejecutoriedad, según lo previsto en sus artículos 4º y 6º.

2º Mediante Resolución número 15 de 1982, la Junta del Departamento Administrativo de Valorización Departamental, efectuó unos traslados en las contribuciones determinadas por la Resolución anterior, por causa del cambio en la titularidad de algunos predios. En su artículo 4º la providencia atendió la solicitud presentada por la sociedad Mora & Ramírez Limitada, sobre desenglobe de los lotes vendidos a Inversiones La Llanada y Electrificadora de Antioquia S. A., señalando las correspondientes contribuciones a los propietarios. A la solicitante le correspondió la suma de $ 9.903.500 (fl. 169, C. 2).

3º Consta en Acta número 8 de junio 17 de 1983, que la mencionada Junta atendió un reclamo de la Sociedad Mora & Ramírez Ltda.,

basado en la variación de circunstancias derivada de un deslizamiento producido en el sector de Sinifaná (carretera Camiloce - El Cinco - Fredonia), que afectó predios de su propiedad. En dicha Acta se lee:

"A la sociedad Mora Ramírez se le redujo el frente de su predio en una extensión de 300 metros, por lo cual la nueva contribución sufre una rebaja, así:

Predio	*Area*	*Contribución*	*Total*
854	194.21	$ 8.904.200	
1037	1.70	29.200	
1235	2.50	52.000	
1989	26.00	188.600	
4596	2.00	41.600	$ 2.215.000.

"Lo anterior significa una rebaja de $ 688.000. Se aprueba".

4º En Acta número 10 de 1983, de la Junta en mención, se lee:

"El señor Director explica además que en el Acta número 8 de julio 17, con continuación en julio 20 de 1983, se incurrió en un error mecanográfico en la página 10, al determinar el valor total de la contribución correspondiente a la Sociedad Mora & Ramírez, puesto que se escribió $ 2.215.000, siendo lo correcto la suma de $ 9.215.000, que puede comprobarse sumando las cifras que aparecen en la misma hoja columna de contribuciones. Se acepta la aclaración en tal sentido" (fl. 139, C. 2.).

Mediante auto de fecha 19 de diciembre de 1986, por el cual se decretó la reconstrucción del proceso, se dispuso tener como pruebas los documentos aportados por la entidad demandada, que conforman el cuaderno 2, antecedentes de la actuación administrativa y dan cuenta de los hechos que acaban de analizarse, por resultar determinantes en la decisión que haya de adoptarse.

Consideraciones:

Como se halla demostrado, la contribución de valorización a cargo de los propietarios de predios afectados por la obra pública de que trata la demanda, se determinó mediante Resolución número 17 del 10 de diciembre de 1981, proferida por la Junta del Departamento Administrativo de Valorización Departamental.

La demandante formula, entre otros cargos, reparos a su notificación y consecuente firmeza y ejecutoriedad, que no expuso en la vía gubernativa como debió hacerlo mediante el ejercicio de los recursos procedentes.

Las decisiones posteriores a la citada Resolución obedecieron a solicitudes de la contribuyente, originadas en cambios de titularidad de los predios y variación sobreviniente de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se profirió aquella, derivada de un deslizamiento de tierras, peticiones que, por lo demás, fueron atendidas por la Junta de Valorización, sin perjuicio de la corrección del error de transcripción en que se incurrió en el Acta número 8 de 1983, como quedó establecido.

La Sala comparte el criterio del Tribunal en el sentido de que el verdadero acto administrativo que fijó la contribución, fue la Resolución número 17 del 10 de diciembre de 1981, y que ésta por no haber sido impugnada mediante los recursos propios de la vía gubernativa, no puede ser discutida ante esta jurisdicción.

La mencionada Resolución número 17 dio cuenta pormenorizada de todos los actos previos realizados según el Decreto 1871 de 1972 y la Ordenanza 57 de 1978 y luego de ordenar la liquidación y distribución de las contribuciones y de aprobar los cuadros definitivos, previó en detalle la forma de notificación, la clara advertencia sobre los recursos que procedían contra ella y los requisitos necesarios para interponerlos (como el depósito del 20%, etc.), los cuales no fueron utilizados por la demandante.

Durante la vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), hubo discusión sobre la vía adecuada para reclamar contra los actos que determinaban la contribución de valorización, pero tuvo final acogida la tesis de esta Sección en el sentido de que debían impugnarse tales actos por la vía del juicio especial de revisión de impuestos. En fallo del 12 de agosto de 1976 dijo:

> "La acción procedente es, pues, la consagrada en los artículos 271 y siguientes de la Ley 167 de 1941 y por ello, para que sea viable el derecho, *hay que agotar previamente la vía gubernativa* y presentar luego la demanda dentro del término de tres meses contados desde la fecha de la ejecutoria de la última decisión".

Hoy esta discusión carece de objeto, por cuanto en el nuevo Código (Decreto 01 de 1984), al suprimir el mencionado juicio especial y haber comprendido en la de restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85, la de quien "pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase...", está sujeta a los mismos presupuestos generales dentro de los cuales se destaca el que se haya agotado la vía gubernativa.

El agotamiento de la vía gubernativa como condición indispensable para ejercer las acciones contencioso administrativas lo consagraba en forma expresa y repetida el Código de 1941 en los artículos 71 y 82.

Conforme a lo dispuesto en este último, se entendía agotada la vía gubernativa cuando la providencia no era susceptible de ninguno de los recursos establecidos por norma general en el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959 que eran los de reposición y apelación o cuando se hubieren decidido los mismos.

Salvo reglas especiales dictadas para los Departamentos y Municipios, este mismo procedimiento del Decreto 2733 de 1959, era aplicable en asuntos de dicho nivel, siendo entendido que ante el Gobernador se surtían las apelaciones contra las decisiones definitivas de los funcionarios (art. 18, Decreto 2733).

En materia de contribución de valorización en el Departamento de Antioquia contra las Resoluciones del Departamento Administrativo procedía el recurso de *reposición* según los artículos 70 a 74 de la Ordenanza 36 de noviembre 26 de 1981, sin que hubiere lugar al de apelación puesto que dicho organismo es una dependencia directa del

Despacho del Gobernador. Este recurso debía interponerse dentro del mes siguiente a la notificación de la providencia y para su procedencia era necesario consignar el 20% de la contribución liquidada.

Esta regulación en materia de recursos procedentes, además de ser clara fue advertida en el texto de las resoluciones (arts. 3º y 4º), las cuales fueron notificadas según el procedimiento ordenado en dicho estatuto.

De la Ordenanza 36 de 1981 contentiva del Estatuto de Valorización del Departamento de Antioquia, vigente para la época del asunto que se debate en esta oportunidad, se destacan los siguientes artículos:

> "*Artículo 76.* Contra la providencia que decida la reposición no procede otro recurso en la etapa gubernativa. Pero el recurrente podrá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.
>
> "*Artículo 77.* Fin de la etapa gubernativa. Se entenderá agotada la etapa gubernativa cuando las providencias o actos administrativos del Departamento Administrativo de Valorización no sean susceptibles del recurso de reposición, es decir, cuando queden en firme, o cuando habiendo sido recurrido, el recurso haya sido formalmente decidido o no se haya resuelto sobre él en un término de seis (6) meses".

Adicionalmente se observa que por tratarse de una demanda relativa a un crédito definitivamente liquidado a favor del Tesoro Público, presentada por la vía del juicio especial de revisión de impuestos, ha debido darse cumplimiento también al artículo 86 prestando u ofreciendo, por lo menos, garantía del pago respectivo en cuanto fuere desfavorable lo resuelto.

En consecuencia de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado. T., Secretario.

GOBERNADOR Y CONTRALOR.—

Delimitación de las órbitas de acción entre estos dos funcionarios departamentales. LICORES NACIONALES. ESTAMPILLAS. Declárase la nulidad de la Resolución número 1808 de 16 de noviembre de 1985 expedida por el Contralor General del Departamento del Quindío "por la cual se reglamenta el uso de estampillas para los licores nacionales".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 203. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

I. Antecedentes:

En acción pública el ciudadano Jesús Laverde Ospina demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindío, la declaratoria de nulidad de la Resolución número 1808 de 1985 (septiembre 16), expedida por el Contralor General del mismo Departamento y por medio de la cual fue reglamentado el uso de estampillas para los licores nacionales que se expendan en el territorio de aquel Departamento.

El actor citó como normas violadas, los artículos 190 y 194, numeral 2º de la Constitución Política y el artículo 10 de la Ley 47 de 1945. En el concepto de la violación sólo se refirió a la norma constitucional consagrada en el artículo 194 y agregó una serie de consideraciones por las cuales alega la transgresión de disposiciones contenidas en el Código Fiscal del Quindío. En síntesis, propone como argumento fundamental de sus pretensiones, que el Contralor, a través del acto acusado, invadió competencias que sólo pertenecen al Gobernador.

La única prueba solicitada fue el texto mismo de la providencia materia de la acusación.

II. El fallo de primera instancia:

Tramitado normalmente el proceso ordinario, el Tribunal Administrativo pronunció sentencia negando las súplicas de la demanda. Para concluir en este sentido, considera que la sola confrontación hecha por el demandante entre el acto acusado y el numeral 2 del artículo 194 constitucional no es suficiente razón para hallar la ilegalidad, porque el hecho de que el Gobernador tenga unas facultades

otorgadas por ese texto, no implica que el Contralor, a su turno, carezca de las que permitieron expedir la Resolución 1808 de 1985.

Por lo demás, encuentra que en distintas normas del Código Fiscal del Quindío, aparecen facultades que sirven de suficiente base a las medidas adoptadas.

III. El concepto fiscal:

Durante la segunda instancia el señor Agente del Ministerio Público consideró válidas las razones expuestas por el fallador de primera y solicitó confirmación de su proveído.

IV. Consideraciones del Consejo de Estado:

a) La Resolución número 1808 de 1985 materia de la acusación "dispone el uso de una estampilla especial para los licores nacionales cuya comercialización se hará a través de distribuidores exclusivos en varios municipios del Departamento" del Quindío; señala las características de las especies venales; ordena en el artículo 2º que el Administrador de Rentas Departamentales (funcionario perteneciente a la planta de personal del Departamento) custodie las estampillas y responda por su adecuada utilización; y reglamenta la forma como deberá llevarse a cabo la entrega de las especies a los almacenistas (también empleados del Departamento y no de la Contraloría), describiendo algunos procedimientos para tal función.

Los fundamentos de la Resolución acusada se estampan en sus considerandos, de los cuales vale la pena relievar el primero y el tercero, según los cuales, mediante licitación pública fue adjudicada la distribución exclusiva de licores nacionales para varios municipios del Quindío, modalidad adoptada por el Gobierno Departamental y que "exige medidas especiales de seguridad";

b) Las medidas adoptadas por el Contralor a través del acto acusado, son administrativas. Para concluir así, basta tener en cuenta y observar cómo ellas se refieren específicamente a la ejecución de un contrato administrativo, originado en licitación pública y por medio del cual la Administración Departamental del Quindío pactó la que consideró mejor forma de atender a la distribución de licores nacionales en el territorio de su jurisdicción. Como es obvio, todo lo concerniente al cumplimiento mismo de las cláusulas y requisitos del convenio, así como la atención de las responsabilidad y obligaciones recíprocas de las partes, atañe de manera directa al Gobierno Seccional, representada por el Gobernador o por quien válidamente haya recibido la delegación de éste para hacerlo, pero de todas maneras a funcionarios distintos y ajenos a la Contraloría Departamental, cuyas funciones son otras, relacionadas con la mera vigilancia de la gestión fiscal de la administración, según voces del inciso segundo del artículo 190 de la Carta Fundamental. La creación y uso de la estampilla implica una modalidad de la ejecución del contrato de distribución de los licores, y si bien es laudable y hasta recomendable que tal cosa se haga, ella es medida que debe o puede adoptar el Gobernador en uso de las facultades de modificación unilateral del contrato previstas en el estatuto correspondiente, según autoriza el artículo 1º del Decreto-ley 222

de 1983, o por medio de acuerdo de voluntades entre la entidad territorial y el contratista.

De igual manera resulta injerencia en la gestión, ya no fiscal sino simplemente administrativa del Departamento, la pretensión de señalar conductas a funcionarios del mismo, como ocurre con el Jefe de Rentas y con los almacenistas y demás funcionarios que intervengan en las supuestas diligencias de entrega de estampillas;

c) La comparación entre el acto acusado y el numeral segundo del artículo 194 de la Constitución es suficiente para deducir la violación de éste por aquella. No es necesario fundamentar la acusación contra el acto en una especie de doble columna para analizar, por un lado, las funciones constitucionales del Gobernador, y por otras las legales del Contralor, a fin de establecer si la Resolución 1808 de 1985 resulta contraria a disposiciones de mayor jerarquía. Basta confrontarla con el texto constitucional citado y observar cómo a través de ella se asumen competencias que tocan con las atribuidas al Gobernador como Jefe de la Administración Seccional, ya que es a este funcionario a quien corresponde "dirigir la acción administrativa en el Departamento... dictando las providencias necesarias en *todos* los ramos de la Administración", lo cual indica que si alguno de estos resulta afectado por providencias de otros funcionarios departamentales no autorizados expresamente por ley o por delegación del mismo titular de la función, su actividad es ilícita, mucho más si proviene del Contralor, a quien escapa por completo cualquier actividad distinta de la mera pero importante tarea de vigilar la gestión fiscal de la administración seccional. Con la anterior afirmación, el Consejo de Estado no hace cosa distinta de ratificar antigua y acertada jurisprudencia que tiene por objeto delimitar lo más precisamente posible las órbitas de acción entre estos dos altos funcionarios departamentales, a saber, el Gobernador y el Contralor;

d) Para el examen de este proceso se prescinde del estudio de presuntas normas contenidas en el Código Fiscal del Departamento del Quindío. Para ello se apoya la Sala en el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo que dispone: "Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, *deberá* acompañar el texto legal que las contenga, *debidamente autenticadas*, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente". No se vislumbra, ante la claridad de la disposición, que no hace sino repetir lo dicho por el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, cómo puede deducirse de allí, en la más extensa y laxa de las interpretaciones, como pretende el señor Agente del Ministerio Público, que es prueba suficiente de es hecho el simple decir del Tribunal de instancia, limitado a la cita de normas del Código Fiscal regional. La verdad es que la ley trata las normas de carácter no nacional sino local, como hechos sometidos a prueba y frente a esta categórica disposición, no le es dable al juzgador tornar la necesidad de demostración, en hecho probado. Pretender esto último, equivale a contradecir el principio consagrado en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso contencioso administrativo, según el cual las pruebas requieren ser *regular* y *oportunamente* allegadas al proceso. Este sencillo precepto no admite interpretaciones distintas a la que fluye espontáneamente del texto, porque sigue siendo plenamente válido el prin-

cipio de hermenéutica consagrado en el artículo 27 del Código Civil que enseña cómo, "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". Si los procedimientos son de orden público, conforme al artículo 6º del mismo Código de Procedimiento Civil, obligan necesariamente a su cumplimiento.

La cuestión anterior tiene una importancia adicional. Si la jurisprudencia del Consejo abriera las posibilidades para que las normas locales se consideren probadas, no como dice la ley, sino dando fe a las citas que de ellas hagan los Tribunales seccionales, porque el Consejo de Estado considera que el *"a quo"* necesariamente tuvo a la vista el estatuto regional por vías distintas a las señaladas en las normas que regulen la forma de practicar las pruebas, estaría patrocinando un peligroso mecanismo que podría utilizar de manera diferente cada uno de los veintitrés Tribunales Administrativos del país, según la modalidad de conocimiento que cada uno de ellos quisiera o pudiera entronizar para dar cabida a los medios probatorios constituidos por disposiciones locales; y autorizaría también una variedad de conductas procesales de las partes que, según la región y la forma como el respectivo Tribunal permita el ingreso de la prueba al procedimiento, deberían acomodarse a tan "descentralizada" administración de justicia;

a) El examen de lo resuelto por la Resolución atacada y de las consideraciones en que se apoyo, permiten precisar que su contenido es eminentemente administrativo y por tanto contrario a lo previsto por el artículo 194 de la Constitución Nacional, como lo afirma la demanda, por lo cual resulta necesario revocar la sentencia apelada.

V. Decisión:

Teniendo en cuenta las consideraciones consignadas anteriormente, 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. Revócase la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 4 de marzo de 1986.

Segundo. Declárase la nulidad de la Resolución número 1808 de 16 de septiembre de 1985 expedida por el Contralor General del Departamento del Quindío "por la cual se reglamenta el uso de estampillas para los licores nacionales".

Tercero. En firme esta providencia, devuálvanse los autos al Tribunal de origen.

Notifíquese.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez, Con salvamento de voto.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DEMANDA. NORMAS JURIDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL (Salvamento de voto). —

SALVAMENTO DE VOTO DEL

DOCTOR SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Bogotá, D. E., once de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Benavides Melo.*

Expediente número 203.

Respetuosatmente disiento de la sentencia de 31 de marzo de 1987, por las razones que expongo a continuación:

I

Aspecto de las normas locales

En el fallo mencionado no se considera la aplicación de las normas del Código Fiscal del Departamento del Quindío citadas por el demandante en apoyo de sus pretensiones y que a su vez fueron objeto de análisis en la sentencia del Tribunal, porque no se aportaron al proceso en los términos del artículo 141 del Código Contencioso Administrativo, es decir no obró en el expediente el texto de dicho Código.

a) Discrepo de tal apreciación porque estimo que en el evento de autos, si bien no se allegó dicho Código como lo previene esa norma, de todas maneras el *a quo* entró en su estudio con la seguridad de quien de veras lo conoce por tratarse de un estatuto de su localidad, fuera de la circunstancia bien diciente de que ni al Gobernador del Departamento a quien se le notificó la demanda, ni al Fiscal del Tribunal mereció ello objeción alguna. Y lo que es más, en el Consejo de Estado su Fiscal Primero conceptuó que "... aunque a los autos no se adujo este texto (habla del art. 408 del mencionado Código Fiscal) en el fallo apelado se reproducen estas disposiciones que la Fiscalía acepta y da como válidas".

Frente entonces a normas que el mismo Tribunal cita y acepta y todas las partes del proceso acogen ¿cómo llegar al rigorismo excesivo de desecharlas?

Las consideraciones que hago al respecto corresponden a doctrina de antiguo del honorable Consejo de Estado;

b) Que el nuevo Código Contencioso Administrativo adoptó en forma expresa (art. 141) el canon del artículo 188 del Código de Pro-

cedimiento Civil, no cambia en nada las cosas, porque si antes del primer estatuto se preveía la aplicación de este último por remisión, ahora se aplicará por estar contemplado explícitamente en él;

c) No dudo que hubo una irregularidad procesal, porque lo deseable es atenerse al mandato del artículo 141 mencionado. Pero en las circunstancias del presente caso, todo lleva indefectiblemente a concluir que los preceptos del Código Fiscal a que el Tribunal dio fe corresponden exactamente a su tenor literal y contenido. So pretexto entonces de un exagerado "procedimentalismo" no se concibe que se haga caso omiso de esos preceptos, como si no existieran.

II

Cuestión de fondo

1. Debo manifestar en primer lugar que en caso reciente esta Sección del Consejo estuvo de acuerdo con la utilización de una estampilla temporal establecida en la Resolución número 1810 de 10 de septiembre de 1985 de la Contraloría Departamental del Quindío (fallo de 30 de enero de 1987, Proceso número 191) en reemplazo de la que se anula en el presente fallo (Resolución número 1808 de 16 de septiembre de 1985).

2. Discuerdo de las consideraciones del presente fallo que lo llevaron a anular la referida Resolución número 1808 y estimo que la sentencia del Tribunal debió confirmarse, por las siguientes razones:

I. De acuerdo con el artículo 187, ordinal 8º de la Constitución Nacional, corresponde a las Asambleas por medio de ordenanzas: "... organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años".

Es así entonces que entre las funciones otorgadas al Contralor del Departamento en el Código Fiscal del Quindío están las siguientes:

"Artículo 408.

"B. En relación con la vigilancia:

"... c) Fiscalizar el recaudo de los impuestos departamentales y municipales para que la imposición y liquidación de los mismos se ajuste a las tarifas legales".

F) En relación con el recibo y desembolso de fondos y manejo de bienes públicos:

> "a) Prescribir los procedimientos que deban seguir las oficinas respectivas en lo concerniente al recaudo, desembolso de fondos, valores y bienes del Departamento, los municipios y las entidades descentralizadas.
>
> .....
>
> e) Vigilar para que los recaudos, los gastos o el manejo de los fondos y bienes públicos se efectúen (sic) a las disposiciones fiscales y reglamentarias de este Código".

II. La estampilla cuyo uso se dispone en la Resolución número 1808 se fundamenta, según considerando de ésta, en el artículo 408 pretranscrito, dándose como facultad del Contralor la de "fiscalizar el recaudo de impuestos departamentales y vigilar la recaudación efectiva de tales impuestos". Y al efecto se señala que mediante licitación pública número 001 de 1985 se adjudicó la distribución exlusiva de licores para varios municipios del Departamento.

Se prevé del mismo modo que tales estampillas "serán custodiadas por el Administrador de Rentas Departamentales, quien como empleado de manejo responderá por su custodia y adecuada utilización en los términos del Código Fiscal del Quindío y demás normas concordantes".

Y también que "de la diligencia de entrega de las estampillas a los almacenistas respectivos se levantará acta que será suscrita por los funcionarios que en ella intervengan, refrendada por el Contralor o su Delegado".

III. a) Se deduce claramente de todo lo expuesto que la Contraloría en el evento *sub júdice* ejerce funciones típicamente de vigilancia fiscal, esto es, que están dentro de la órbita de su competencia: "Fiscal" es lo perteneciente al fisco o al oficio de fiscal. Y "fisco" es "sinónimo de Tesoro, Erario, Hacienda Pública. Se denomina así al Estado cuando se lo considera como titular del patrimonio público o privado, en su calidad de recaudador o liquidador de impuestos" (Enciclopedia Omeba de Contabilidad, Economía, Finanzas y Dirección de Empresas Tomo II). Entonces en el acto enjuciado se proveè cabalmente a asegurar el recaudo de las exacciones a que tiene derecho el Departamento por el consumo de licores, cual lo reconoce la Fiscalía ante esta Corporación y el Tribunal en su fallo. Este último expresó lo siguiente:

> "El Tribunal considera que la Resolución atacada tiene asidero legal en el citado artículo 408 del Código Fiscal del Quindío, especialmente en los literales a) y e) del aparte F), pues la finalidad de aquella no es otra que buscar la seguridad en el recaudo de las contribuciones a que tiene derecho el Departamento por el consumo de licores nacionales, pues sin el control que se hace a través de la estampilla que se debe colocar a cada botella, los distribuidores podrían fácilmente expender licores entrados al territorio departamental ilegalmente y el departamento no percibiría el pertinente gravamen. Colocada la estampilla en las botellas, fácil queda a los empleados encargados de vietar el contrabando, controlar el mismo, decomisando las botellas que no tengan adherida la estampilla. Si no se usa ésta, cómo distinguir las botellas en relación con las cuales se pagó el impuesto de aquellas respecto de las cuales este hecho no se ha producido?...
>
> Se concluye, pues, que la Resolución cuya nulidad se ha demandado fue expedida con base en autorización legal y, por ende, no hay lugar a decretar su nulidad, pues al dictarla, el señor Contralor no sólo ha hecho uso de una atribución, sino que ha cumplido una obligación, pues así se desprende de la redacción

de las normas que se han dejado transcritas, esto es, que las mismas más que conferir una facultad, imponen una manera de actuar".

¿Si no puede una Contraloría velar por el debido recaudo de dineros oficiales, antes comentado, entonces para qué sirve? Esto es lo mínimo que se puede esperar de ella, y que a nivel nacional cumple la Contraloría General de la República en relación con los impuestos de renta, venta y timbre, entre otros, para lo cual cuenta con procedimientos especiales y funcionarios especializados destacados en las respectivas entidades;

b) Obsérvese que tampoco la Contraloría invade la órbita administrativa del Gobernador (art. 194, facultad segunda de la Carta) en relación con los funcionarios del Departamento que se mencionan en la Resolución, ya que éstos continúan desempeñando las actividades propias de ellos consagradas previamente en el Código Fiscal del Quindío, según se previene en dicho acto;

c) Tampoco es dable entender que el estampillado de botellas de licores constituya una injerencia de la Contraloría en la ejecución del contrato de distribución de licores celebrado entre el Gobernador y terceros. Este se seguirá cumpliendo normalmente con el control anotado.

Con toda consideración,

Simón Rodrigue Rodríguez, Consejero de Estado.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ACTO DE NOMBRAMIENTO.—

En acción de plena jurisdicción, hoy de restablecimiento del derecho, se ha aceptado por la jurisprudencia, se acuse, un acto administrativo y no en ACCION ELECTORAL que es la indicada, pero siempre que el reemplazo por ese acto. demuestre su derecho de permanencia en el cargo, proveniente de período fijo o fuero de estabilidad. ACCION ELECTORAL. ACTOS DE NOMBRAMIENTO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., nueve de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 2179. Actor: Luis López Durán. Autoridades Departamentales.

Se decide el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 17 de julio de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, y mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Los hechos de la demanda se pueden sintetizar así: El demandante Luis López Durán fue designado en 1971 como Jefe de Planeación Departamental, y durante sus servicios fue merecedor de una comisión de estudios en la Universidad Nacional en la especialización de magister en planeación física y urbana; luego continuó vinculado en forma activa a la administración departamental hasta cuando fue desvinculado por los actos administrativos demandados.

El demandante pretende que se invaliden los decretos demandados, especialmente el que designa a una tercera persona para el aludido cargo, por considerar que no reúne las calidades exigidas al efecto en estatutos de carácter legal y departamental; que se le reintegre al cargo desempeñado y a que se le paguen los sueldos y prestaciones dejados de percibir.

Establecida la relación jurídico-procesal sin advertirse defecto susceptible de invalidarla, se entra a desatar la segunda instancia previos los razonamienos de rigor.

Consideraciones de la Sala:

Este particular caso lo analiza la Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto final, por lo que verdaderamente vale la pena transcri-

bir lo allí dicho; además de que se acoge en su integridad. Dice así la Fiscalía:

"El asunto *sub júdice* consiste en dilucidar si se ajustan o no a derecho los Decretos Departamentales números 00123 de 29 de enero de 1985, mediante el cual se declaró insubsistente del cargo de Jefe del Departamento Administrativo de Planeación de Córdoba al actor, y se nombró en ese cargo a otra persona quien no aceptó; y el número 000145 de 8 de febrero de 1985 por medio del cual se nombró al doctor Tufic Nader Sánchez para ocupar el mencionado cargo. Ambos decretos fueron expedidos por el señor Gobernador de Córdoba.

"El Tribunal Administrativo de Córdoba en la sentencia apelada negó las súplicas de la demanda por considerar que el Gobierno Departamental se ajustó a derecho al expedir los actos administrativos acusados.

"Básicamente, sustenta el apoderado del actor su apelación en el hecho que los Decretos Departamentales número 00697 de 1970, artículo 9º y el número 000995 de 1976, artículo 8º establecen claramente los requisitos que deben cumplirse para ser nombrado Jefe de la Oficina de Planeación del Departamento, y que el doctor Tufic Nader, quien reemplazó al actor, no reunió tales requisitos y que por ende está imposibilitado para desempeñar ese cargo.

"Afirma entonces que su representado sí reunía dichos requisitos y que al habérsele declarado insubsistente se le conculcó un derecho y por tanto solicita el consiguiente restablecimiento.

"A folio 138 el apoderado del actor acepta que el Decreto Departamental número 000123 de 29 de enero de 1985 se ajusta a derecho, pues como bien lo afirma el *a quo* en su sentencia ese acto administrativo para su validez sólo requería la firma del Gobernador según lo establecido en el parágrafo del artículo 11 de la Ordenanza número 892 de 1975 (fl. 30 vto.) y en el artículo 27 de la Ordenanza número 9 de 1984 (fl. 60 vto.).

"Por otra parte el apoderado del Departamento de Córdoba manifiesta que se opone a las razones expuestas por el actor en el escrito de sustentación del recurso de apelación.

"Afirma que el señor López Durán no estaba amparado por carrera administrativa, ni gozaba de período fijo; que era un empleado de libre nombramiento y remoción y que por tanto el señor Gobernador del Departamento podía hacer uso de su facultad discrecional de removerlo libremente mediante la declaración de insubsistencia. Cita en su apoyo diversas normas que consagra esta facultad.

"En cuanto a la falta de requisitos del doctor Tufic Nader para tomar posesión del cargo de Jefe del Departamento Administrativo de Planeación Departamental se limita a afirmar que el demandante tampoco los reunía pues cuando tomó posesión, 6 de agosto de 1971, ni ostentaba la calidad de Economista, ni mucho menos la especialización requerida.

"Finalmente considera que los decretos acusados son actos administrativos autónomos, cada uno con identidad jurídica propia.

"A juicio de la Fiscalía es preciso analizar separadamente los dos actos administrativos acusados: Decretos Departamentales números 000123 de 29 de enero de 1985 y número 000145 de 8 de febrero de 1985.

"Mediante el primero de los mencionados decretos se declaró insubsistente al actor en el cargo de Jefe del Departamento Administrativo de Planeación Departamental.

"Se observa que en el caso de autos el señor Gobernador del Departamento de Córdoba indudablemente podía hacer uso de su facultad de remover libremente mediante la declaración de insubsistencia al actor, pues era un empleado de libre nombramiento y remoción.

"Por lo demás, la facultad de nombrar lleva consigo la de remover y en consecuencia el señor Gobernador lo que hizo fue ejercitar con plena competencia una facultad otorgada por la ley, y de acuerdo a lo establecido en los Decretos Departamentales número 000892 de 1975, artículo 24 y número 9 de 1984, artículo 14, literal b).

"Se ve claramente, que el acto administrativo por medio del cual se declaró la insubsistencia del actor, analizado frente a las disposiciones legales citadas, es plenamente válido, ya que su legalidad no ha sido desvirtuada dentro de este proceso.

"Además, si lo que pretende el actor es el reintegro al servicio, esto sólo procedería mediante la declaratoria de nulidad del mencionado Decreto número 000123 de 29 de enero de 1985, por el que se declaró su insubsistencia, y no como lo solicita el apoderado del actor en el escrito de sustentación del recurso, mediante la nulidad del Decreto número 000145 de 8 de febrero de 1985 por el cual se nombró al doctor Tufic Nader en el cargo de Jefe del Departamento Administrativo de Planeación Departamental.

"El acto que puso fin a la relación laboral entre el señor López Durán y el Departamento de Córdoba, no es aquél por medio del cual se designó a otra persona para ocupar el cargo por él desempeñado, sino el que declaró insubsistente su nombramiento.

"En consecuencia, al no ser declarado nulo ese acto ¿cómo podría obtenerse el reintegro al cargo? Si como se ha dicho los dos decretos demandados tienen identidad jurídica propia, son independientes en sus efectos y consecuencias, no resulta acertado esperar que de la nulidad del segundo se desprendan derechos en favor de quien legalmente fue removido de su cargo.

"Ahora bien: Siendo ese acto legal, carece de sentido examinar el segundo de los acusados; esto es, el Decreto 000145 de 8 de febrero de 1985, máxime cuando el doctor Tufic Nader ya no se

encuentra desempeñando el cargo para el cual fue nombrado mediante el citado decreto.

"A juicio de la Fiscalía el nombramiento hecho mediante ese decreto se extinguió en el tiempo, el acto administrativo contenido en él perdió vigencia; hay entonces sustracción de materia.

"De aceptarse la tesis del actor, habría que examinar la legalidad de todos los nombramientos hechos con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia, ya que como en el caso de autos, el reemplazo sólo duró unos pocos meses en el ejercicio del cargo.

"Se ha aceptado por la jurisprudencia, que en acción de plena jurisdicción —hoy de restablecimiento del derecho— se acuse un acto de nombramiento y no en acción electoral que es la indicada; pero siempre que el reemplazo por ese acto demuestre su derecho de permanencia en el cargo, proveniente de período fijo o fuero de estabilidad.

"Pero si ello no se demuestra, carece de sentido la demanda del segundo acto en acción de restablecimiento del derecho. Sería procedente la electoral que puede ser intentada por cualquier ciudadano en beneficio de la legalidad y no de un interés personal.

"Resumiendo tenemos: Si la nulidad del acto de nombramiento no entraña restablecimiento alguno de derechos para el actor, y si ese acto ya se extinguió pues fue sustituido por otro, como consta en el expediente, opina la Fiscalía que no cabe pronunciamiento alguno sobre él por sustracción de materia.

"Por lo expuesto, esta Fiscalía se permite conceptuar solicitando se confirme parcialmente el fallo del Tribunal Administrativo de Córdoba en cuanto niega la nulidad del Decreto 000123 de 29 de enero de 1985; y un pronunciamiento inhibitorio en cuanto al Decreto 000145 de 8 de febrero de 1985, por sustracción de materia".

Fuera de lo anteriormente dicho, que constituye un análisis acertado de las pretensiones del actor, que se ejerce sobre supuestos fácticos y jurídicos, que como se vio no ameritan la invalidación de los actos administrativos demandados, sin embargo vale la pena agregar lo siguiente:

El demandante no estuvo amparado por fuero alguno de inamovilidad, por lo que su remoción podría darse libremente. Parece ser que aquél cuando fue nombrado en el cargo de Jefe de Planeación no reunía los requisitos exigidos por la normatividad departamental, puesto que es en la misma demanda en que se formula la aseveración que el actor cuando tomó posesión no había obtenido aún la especialización a que alude un Decreto de Córdoba (fl. 7). Precisamente no parece valedero que su pretendido derecho se funde en la circunstancia de que uno de sus sucesores en el cargo, no cumpla con las habilidades reglamentarias, que de suyo sólo sería examinable a través de la acción contenciosa electoral, como bien lo apunta la Fiscalía. De otra parte esa acción no es acumulable a la de restablecimiento del derecho.

Con base en lo dicho habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, pero con la expresa decisión de que habrá de abstenerse de proveer en cuanto a la pretendida nulidad del Decreto 000145 de 8 de febrero de 1985, en razón de que su enjuiciamiento no resulta valedera a través de la presente acción.

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

Falla:

Primero. Confírmase la sentencia de 17 de julio de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en cuando niega las súplicas de la demanda concerniente a la nulidad del Decreto 000123 de 23 de enero de 1985, originario de la Gobernación de Córdoba.

Segundo. Abstenerse de decidir sobre la pretendida nulidad del Decreto 000145 de 8 de febrero de 1985, originario de la misma Gobernación, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día tres (3) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

EMPRESA PROMOTORA DE TURISMO DEL TOLIMA. "TURTOLIMA".—

1º Naturaleza jurídica.

2º Características.

3º Manejo de personal.

4º Régimen disciplinario. ¿Quién sanciona? Procuraduría General de la Nación: Límites. SANCIONES DISCIPLINARIAS.

ADELANTAMIENTO POR PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y/O LA ENTIDAD NOMINADORA. Prevalencia. Sólo ante la manifestación de la Procuraduría en el sentido de querer avocar una determinada investigación, debe prevalecer ésta sobre la que hubiere adelantado la entidad. DERECHO DE DEFENSA. Ello se logra dando traslado de los cargos y documentos que lo sustentan de acuerdo con la investigación al empleado inculpado, para que los devirtúe valiéndose de las pruebas y alegatos que sean conducentes. DESCARGOS. REHUSO. Consecuencias.

INSUBSISTENCIA. DIRECTIVAS PRESIDENCIALES. No pueden impedir movimientos de personal hechos legalmente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diez de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: Doctora *Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 81. Autoridades Departamentales. Actora: Cecilia Agudelo de Rengifo.

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima, la señora Cecilia Agudelo de Rengifo, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó de dicha Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución número 384 de 12 de diciembre de 1983, expedida por el Gerente de la Empresa Promotora de Turismo del Tolima (Turtolima), en virtud de la cual se le destituyó del cargo que ocupaba en la mencionada entidad, y, consecuencialmente, se le reintegre al mismo y se le paguen todos los salarios dejados de percibir desde la fecha de su remoción hasta aquella en que sea efectivamente reincorporada al servicio oficial, entendiéndose para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad durante dicho lapso.

Los hechos, las normas legales violadas y el concepto de su transgresión aparecen relacionados a folios 37-60 y 140-143 del expediente, sin que la Sala estime necesario reproducirlos por cuanto se tendrán en cuenta al adoptar la decisión correspondiente.

En el proceso se constituyó como parte impugnadora la Empresa Promotora de Turismo del Tolima, quien por conducto de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Después de practicadas las pruebas solicitadas y una vez emitido el concepto fiscal, el Tribunal del conocimiento pronunció la sentencia apelada y en ella accedió a las súplicas del libelo por considerar, exclusivamente, que el Gerente de la entidad demandada carecía de competencia para proferir el acto impugnado.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de parecer que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se denieguen las peticiones de la demanda, por las razones allí expresadas.

Tramitada la instancia correctamente y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a decidir, previas las siguiente,

Consideraciones:

Sobre los distintos planteamientos del problema controvertido en el presente proceso, la Fiscalía Quinta de esta Corporación, al emitir su concepto de fondo, en un amplio y extenso estudio que la Sala acoge, realiza un pormenorizado análisis de todos los aspectos litigiosos propuestos en el libelo, para llegar a la conclusión de que a la demandante no le asiste derecho en el reclamo de sus pretensiones.

Estima la Sala que los razonamientos expuestos por la Agencia del Ministerio Público, además de estar acordes con las disposiciones legales vigentes sobre la materia, se ajustan a la realidad procesal, y por ello se permite transcribirlos como fundamento de esta providencia, sin que considere necesario agregar otras apreciaciones para revocar la sentencia apelada y por ende, denegar las pretensiones a que se contrae el libelo inicial. Además es el producto del estudio detenido de todos y cada una de las probanzas aportadas al expediente, de los cuales se desprende que la Promotora de Turismo del Tolima, se ajustó al debido proceso en la investigación de carácter disciplinario que llevó a cabo contra la demandante. De otra parte como bien afirma la Fiscalía, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo.

Al efecto, la mencionada Fiscalía dijo:

"Incompetencia del funcionario que expidió el acto.

En cuanto a la competencia del Gerente de la Empresa Turtolima para imponer sanción disciplinaria a la demandante, aspecto que sirvió de fundamento al Tribunal para anular el acto correspondiente y acceder a las súplicas impetradas, menos en cuanto hace a la corrección monetaria, este Despacho se aparta del criterio del *a quo* por las siguientes razones:

"Está probado en el expediente que la Empresa Promotora de Turismo del Tolima, es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter Departamental, es decir, es una entidad descentralizada".

"Como tal, goza de *autonomía administrativa* y patrimonio independiente; se gobierna sin sujeción a la administración central departamental".

"Aun cuando en sus estatutos no está regulado completamente lo relativo al manejo de personal, es lógico que el Gerente, quien es su representante legal, vincule a sus servidores, bien sea por contrato si son trabajadores oficiales, o mediante nombramiento y posesión como en el caso de los empleados públicos, y así ha venido haciéndose".

"La actora por ejemplo, fue nombrada por el Gerente".

"El hecho de existir un vacío en la reglamentación atinente al régimen disciplinario propio de la empresa, no impide claro está, que se sancionen las faltas cometidas por los trabajadores oficiales y por los empleados".

"¿Y quién las sanciona? Naturalmente que la autoridad nominadora. Este es un principio lógico consagrado en todas las legislaciones".

"Ni siquiera la Procuraduría General de la Nación cuando adelanta procesos disciplinarios contra empleados o funcionarios públicos, tiene facultad para imponerles sanción; su competencia va hasta la culminación del proceso y la solicitud de aplicación de la sanción a la autoridad nominadora".

"Para la Fiscalía resulta equivocado sostener entonces que el Gobernador del Departamento era quien podía aplicar la sanción en el caso que se estudia".

"La tesis expuesta por el Tribunal es abiertamente contraria a los principios que informan la organización de las entidades descentralizadas y especialmente al de la autonomía administrativa. ¿De cuándo acá el Gobernador, que aparte de designar al Gerente no posee facultad ninguna en cuanto a administración de personal en los entes descentralizados, destituye a sus funcionarios?".

"La confusión del Tribunal provino de la aplicación del literal e) integral del Decreto 783 de 1983, que es el estatuto de administración de personal para la Administración Central Departamental del Tolima".

"A él acudió el Gerente de la Empresa a falta de disposiciones propias que indicaron el procedimiento disciplinario a seguir, pero en manera alguna puede concluirse que como en la Administración Central es el Gobernador quien ostenta el poder sancionatorio, debe también ejercitarlo frente a las entidades descentralizadas que no tengan régimen disciplinario propio".

"Así las cosas, concluye la Fiscalía, que el Gerente de Turtolima es quien tiene facultad para imponer sanciones disciplinarias al personal de la Empresa".

"Obviamente la Procuraduría General de la Nación puede adelantar investigaciones y procesos disciplinarios contra cualquier empleado o funcionario, pero también la entidad nominadora. Sólo ante la manifestación de la Procuraduría en el sentido de querer avocar una determinada investigación, debe prevalecer ésta sobre la que hubiere adelantado la entidad, y ese no es el caso presente".

"Se desecha entonces el vicio de incompetencia planteado en la demanda y acogido por el Tribunal".

"Violación de la garantía del debido proceso y del derecho de defensa".

"A raíz de una queja formulada por varios empleados subalternos de la actora, se inició la investigación disciplinaria".

"Ellos la acusaban de proselitismo político, falta de buena manera en el trato, desorganización e invitación a ingerir bebidas alcohólicas en la oficina, quebrantándose así el respeto debido y su autoridad".

"A cada uno de ellos se les solicitó ratificación de lo dicho y lo hicieron en sendos oficios dirigidos al Gerente, los cuales obran en copia autenticada en el proceso (fls. 76 a 81)".

"Con fecha 6 de diciembre de 1983 se corrió pliego de cargos, acusando a la señora Cecilia Agudelo de Rengifo así":

"1º 'Realización de actividades partidas (sic) o poselistino (sic) político, contraviviendo el artículo 106, literal p) del Decreto 783 de 1983, y Directiva del señor Gobernador' ".

" 'Mal ejemplo a sus subalternos al ofrecer en las oficinas de la entidad y horas de trabajo bebidas alcohólicas, violando el artículo 105 literal c) y h) del Decreto 783 de 1983' ".

"De acuerdo con este mismo estatuto se le concedieron 5 días hábiles para presentar descargos".

"A folio 74 aparece una constancia dada por el Gerente según la cual al notificarle el pliego de cargos y una resolución de aplazamiento de vacaciones, la actora manifestó que no aceptaba la resolución ni recibía los documentos".

"Así las cosas, el proceso disciplinario continuó sin su intervención, se calificó la falta como grave y se produjo la destitución el día 12 de diciembre de 1983".

"Al Decreto 783 de 1983 se acudió por falta de estatuto disciplinario propio de la empresa y considerando que los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1983 son para la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional".

"Ha sostenido este Despacho en repetidas ocasiones, que lo fundamental de un proceso disciplinario es la garantía al derecho de defensa y no la observancia rigurosa de términos".

"Ello se logra, dando traslado de los cargos y documentos que los sustentan de acuerdo con la investigación al empleado inculpado, para que los desvirtúe valiéndose de las pruebas y alegatos que sean conducentes".

"En el caso de autos hay constancia del traslado de cargos y de que la inculpada se negó a recibir los documentos, constancia que no ha sido desvirtuada. Por esa razón, no aparecen descargos ni petición de pruebas. Si se le dio la oportunidad de defenderse y no lo hizo, no es falta imputable a la Administración ni violación del debido proceso. Lo verdaderamente grave hubiera sido omitir este trámite".

"Al rehusarse a rendir descargos la señora Agudelo de Rengifo asumió tácitamente las consecuencias y perdió la oportunidad de demostrar que no había cometido las faltas que se le imputaban. No le es dable ahora, decir que se violó la garantía del debido proceso. Se aplicaron normas que lo regulan a nivel departamental, precisamente para garantizar el derecho de defensa, finalidad principal y última de esa clase de procesos, ante la ausencia de estatuto propio".

"Por estas razones estima la Fiscalía que este cargo no está llamado a prosperar".

"Falsedad en los motivos".

"Por cuanto según la demanda, la señora Cecilia Agudelo de Rengifo no cometió ninguna de las faltas imputadas".

"En orden a establecer las faltas que motivaron la destitución, se solicitó a las personas que las denunciaron, ratificarse en ellas y ampliar su exposición".

"Todas coincidieron en declarar sobre la invitación a ingerir bebidas alcohólicas en la oficina, conducta que puede calificarse como falta grave pues resta autoridad y respetabilidad al funcionario en el ejercicio de su cargo".

"Solo uno se refirió al aspecto político afirmando que se le había insinuado por quien debía depositar su voto".

"No aparece entonces falsa motivación del acto acusado; ante la ausencia de pruebas frente a tales imputaciones, no queda más remedio que tenerlas como ciertas. El cargo no debe prosperar".

"Desviación de poder".

"Afirma la demandante que los vicios anteriormente analizados conforman en su conjunto la causal de anulación por desvío de poder, porque comprenden los móviles o vicios ocultos fácilmente identificables y comprobables, como lo fueron los de hostigamiento para presionar una posible renuncia, la restricción de funciones a que fue sometida y el cercenamiento de su legítimo derecho a vacaciones, que ya le había sido reconocido, para crear otra causal, el abandono del cargo, que aunque no fue objeto de investigación sí lo fue de argumento adicional de la motivación del acto".

"Para la Fiscalía no aparecen claros los motivos ocultos, ajenos al buen servicio, que hubiera tenido el Gerente para sancionar a la actora y separarla por este medio del ejercicio del cargo. En cuanto al problema surgido con las vacaciones, que efectivamente le habían sido concedidas a partir del 12 de diciembre de 1983, el acto que las aplazaba por 5 días, tiene justificación en la necesidad de preparar un proyecto de presupuesto y precisamente en el adelantamiento del

proceso disciplinario, para facilitar su trámite. Ciertamente dicho proceso puede adelantarse aun cuando el empleado esté separado del servicio; pero con dicho aplazamiento se le facilitaba cumplir con sus descargos y solicitud de pruebas, a lo cual se rehusó la demandante".

"Además, no le es posible alegar esta circunstancia en su favor cuando no cumplió la orden y antes bien, emprendió viaje desde el día 10 de diciembre de 1983, cuando inicialmente las vacaciones se le habían concedido a partir del día 12, según constancia que ella misma adjunta (fl. 35)".

"En opinión de este Despacho, no aparece probada la desviación de poder".

"Finalmente se menciona en la demanda *violación de la ley como vicio oculto*, para referirse a que con el proceso disciplinario controvertido lo que se hizo fue eludir el cumplimiento de la directiva presidencial número 13 de 10 de noviembre de 1983, que prohibía hacer movimientos de personal, con el fin de garantizar imparcialidad en los comicios electorales que se avecinaban".

"Es de advertir en primer lugar que tales directivas presidenciales, como lo ha sostenido la jurisprudencia, no pueden impedir movimientos de personal hechos legalmente, puesto que son de jerarquía inferior a la ley y no tienen la virtud de derogarla; ni siquiera de suspenderla".

"Además, no se ve cuál es la violación o el vicio oculto si el proceso se cumplió conforme a derecho".

"Ahora bien: Si la actuación administrativa no es contraria a las normas invocadas en el libelo, no procede su nulidad ni el restablecimiento del derecho en la forma pedida. Lo anterior hace inútil el examen de la viabilidad de aplicar al restablecimiento del derecho la 'corrección monetaria', y de la responsabilidad personal del Gerente de Turtolima, responsabilidad que fue contemplada en el nuevo Código Contencioso Administrativo, adoptado por el Decreto 01 de 1984".

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima de fecha 8 de octubre de 1985, y en su lugar se dispone:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 13 de marzo de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

GOBERNADOR. ACCION ADMINISTRTIVA, dentro del Departamento. CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES. Vigilancia de la gestión fiscal. ASAMBLEA DEPARTAMENTAL. Organización de las Contralorías.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 566. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Se resuelve de plano el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Orlando Santana Bohórquez contra el auto del veintitrés (23) de enero del presente año, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del juicio de nulidad de la Resolución número 054-R del 24 de octubre de 1986, expedida por el Contralor General del Departamento, decretó la suspensión provisional de la mencionada resolución, reglamentaria del funcionamiento del Fondo Rotatorio de Viáticos de la Gobernación.

El acto acusado:

Lo es, como se dijo, la Resolución número 054-R de 24 de octubre de 1986 expedida por el señor Contralor General del Departamento del Quindío, y que es del siguiente tenor:

"Resolución número 054-R de 24 de octubre de 1986. Por la cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo Rotatorio de Viáticos de la Gobernación del Departamento".

"El Contralor General del Departamento del Quindío, en uso de sus facultades legales, en especial, las conferidas por los artículos 12, 408 aparte F), literal a) y 449 del Código Fiscal del Quindío.

Considerando:

1. Que la Contraloría General del Departamento del Quindío, mediante Resolución número 0009 de junio 30 de 1981, autorizó el funcionamiento de un Fondo Rotatorio de Viáticos para la Gobernación del Departamento por la suma de cien mil pesos moneda corriente ($ 100.000.oo).

2. Que por Resolución número 1189 de julio 8 de 1981, emanada de la Gobernación del Departamento, se creó el Fondo Rotatorio de Viáticos para el Gabinete Departamental.

3. Que mediante Resolución número 0271 de octubre 24 de 1986, emanada de la Gobernación del Departamento, se incrementó dicho Fondo Rotatorio a la suma de trescientos mil pesos moneda corriente ($ 300.000.oo).

4. Que se hace necesario actualizar la reglamentación y el monto de la póliza que garantice el adecuado manejo de este Fondo.

Sin más consideraciones,

Resuelve:

"*Artículo 1º* Autorizar la ampliación del 'Fondo Rotatorio de Viáticos Gabinete Departamental' hasta la suma de trescientos mil pesos moneda corriente ($ 300.000.oo).

"*Artículo 2º* Este Fondo seguirá a cargo de la Secretaria Recepcionista de la Gobernación, quien para el efecto constituirá póliza de manejo hasta un valor de cien mil pesos moneda corriente ($ 100.000.oo).

"*Artículo 3º* Los dineros de ese Fondo se manejarán en Cuenta Bancaria Especial y su destinación exclusiva será la cancelación de viáticos para el señor Gobernador, Secretarios del Despacho, Director de Planeación, Asesor Jurídico, Tesorero General del Departamento, Directora de Extensión Cultural, Artesanía y Turismo del Departamento y Conductores que cumplan misiones oficiales ordenadas por el señor Gobernador.

"*Artículo 4º* Los pagos por concepto de viáticos se podrán cancelar en un cien por ciento (100%), previa presentación de la Resolución de comisión y liquidación.

"*Artículo 5º* Las erogaciones que se efectúen causarán los descuentos de Ley 33 de 1985 (antes Ley 4ª de 1968) y estampillas Propalacio.

"*Artículo 6º* La Secretaria Recepcionista de la Gobernación, como empleada de manejo, deberá llevar un Libro Auxiliar de hoja fija, a tres (3) columnas, donde registrará el movimiento de este Fondo Rotatorio, en el cual se detallará:

—Valor inicial del Fondo.

—Aumentos a la cuantía del Fondo.

—Fecha, detalle de cada reintegro y su valor correspondiente.

—Fecha, concepto, beneficiario y valor de cada desembolso.

—Saldo disponible actualizado.

Parágrafo: Para el manejo de este Libro Auxiliar se deberá cumplir lo establecido en la Resolución número 1708 de agosto 30 de 1985.

"*Artículo 7º* Una vez agotado el 70% del monto de este Fondo Rotatorio, el funcionario encargado deberá proceder a solicitar el reembolso de lo gastado para lo cual elaborará una relación detallando los pagos efectuados, comprobantes de egreso y beneficiarios.

"*Artículo 8º* Al finalizar cada año, para efectos contables, se deberán legalizar todos los gastos efectuados, de tal manera que el saldo disponible coincida exactamente con el valor del Fondo.

"*Artículo 9º* El Control Fiscal del Fondo Rotatorio de que trata la presente Resolución, estará a cargo de la Auditoría Delegada ante Contabilidad y Presupuesto del Departamento.

"*Artículo 10.* Envíar copia de la presente Resolución al señor Gobernador, Secretario de Hacienda, Jefe de Contabilidad y Presupuesto, Tesorero General del Departamento, Auditora Delegada ante Contabilidad y Presupuesto, Jefe División de Control Posterior y Jefe División de Auditoría de la Contraloría y a la Secretaria Recepcionista de la Gobernación del Departamento.

"*Artículo 11.* La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias, en especial, la Resolución número 009 de junio 30 de 1981.

Comuníquese y cúmplase.

Dada en Armenia Quindío, a 24 de octubre de 1986.

Rubén Vasco Martínez

Jefe División de Auditoría".

La demanda:

Sostiene que la Resolución demandada viola en forma ostensible la Ley 03 de 1986, artículo 17, por cuanto ésta señala que las Contralorías "sólo ejercerán como funciones administrativas las inherentes a su propia organización", y que el señor Contralor Departamental, "al dictar la Resolución acusada de ilegal, se ha constituido por sí y ante sí, en coadministrador del Departamento, función ésta que le está vedada, pues la creación, aumento y reglamentación del Fondo Rotatorio del Gabinete Departamental, corresponde por mandato legal al señor Gobernador en su calidad de Jefe de la Administración Departamental". Agrega que el Contralor extralimitó su poder hasta el Despacho del Gobernador, puesto que en su Resolución le señala funciones a la Secretaria Recepcionista de éste, y que, además "el gestor y ordenador del gasto público, por mandato constitucional y legal, es el señor Gobernador del Departamento".

Decisión del Tribunal:

Consideró que la Resolución demandada, "sin necesidad de entrar a efectuar razonamiento profundo alguno... lo que hizo fue inmiscuirse en la esfera administrativa propiamente dicha de las autoridades departamentales, violando de esta manera el mandato contenido en el

artículo 17 de la Ley 03 de 1986...", y como al Gobernador pertenece la gestión fiscal de la administración y al Contralor Departamental la vigilancia de esa gestión, aceptó la petición del demandante y, en consecuencia, decretó la suspensión provisional del acto acusado.

Apelación:

Se fundamenta en que el Contralor General del Departamento del Quindío, al expedir el acto acusado, cumplió con lo preceptuado en el artículo 408, aparte F), literal a), que le ordena:

> "Prescribir los procedimientos que deben seguir las oficinas respectivas en lo concerniente a recaudo, desembolso de fondos, valores y bienes del Departamento los municipios y las entidades descentralizadas".

En consideración a que el Fondo Rotatorio de Viáticos de la Gobernación, anota el recurrente, efectuaría desembolso de fondos del Departamento del Quindío, el señor Contralor, por intermedio del acto acusado, determinó el procedimiento a seguir con el manejo del mencionado Fondo Rotatorio, y determinó además la cuantía de la póliza de manejo que debía constituir la persona encargada de tales ocupaciones, ya que esto último se lo determina el artículo 449 del Código Fiscal de dicho Departamento.

Por último, observa el apelante que el mencionado Fondo Rotatorio de Viáticos del Gabinete Departamental fue creado por la Gobernación del Quindío, igualmente, por la Gobernación, incrementado en su cuantía.

Consideraciones de la Sala:

Estima esta Corporación que la decisión del Tribunal debe mantenerse parcialmente de conformidad con las reflexiones y precisiones que a continuación se harán:

1. Corresponde al Gobernador, según la atribución segunda del artículo 194 de la Constitución Nacional, "dirigir la acción administrativa del Departamento" y para ello nombrará y separará sus agentes, reformará y revocará sus actos y dictará "las providencias necesarias en todas las ramas de la Administración".

Dicha atribución se conforma, desde el punto de vista de nuestro derecho público, a la condición que tienen los Gobernadores de ser Jefes de la Administración Departamental (art. 181 de la Carta Política).

2. La vigilancia de la gestión fiscal de los Departamento está encomendada a las Contralorías Departamentales y la organización de éstas a las Asambleas (art. 187, ordinal 8º y 190 de la Constitución Nacional).

3. Es así entonces que en el evento *sub lite*, el Gobernador del Quindío es autónomo para crear el Fondo Rotatorio de Viáticos para

el Gabinete del Departamento, de acuerdo con las necesidades del ente oficial y la vigilancia fiscal del mismo está a cargo de la Contraloría Departamental.

Mas a esta última no le es dable, so pretexto de ejercer tal vigilancia, invadir la órbita propia administrativa del mandatario seccional, cual ha ocurrido en los siguientes textos de la Resolución número 054-R acusada:

a) Artículo 1º Porque no tiene facultades para autorizar lo que de suyo es del resorte del Gobernador dentro de las actividades propias del desempeño de su cargo como cabeza de la Administración, cuales son la creación del Fondo en cuestión y la ampliación de su cuantía, realizado lo uno y lo otro por medio de las Resoluciones números 1189 de 8 de julio de 1981 y 0271 de 24 de octubre de 1986, respectivamente. Son estos actos los que se pretenden reglamentar a través de la Resolución número 054-R;

b) Los artículos segundo en la parte que dice: "Este Fondo seguirá a cargo de la Secretaria Recepcionista de la Gobernación..." y sexto en esta parte: "La Secretaria Recepcionista de la Gobernación como empleada de manejo deberá llevar ...", porque a través de ellos la Contraloría se inmiscuye señalando y ratificando el funcionario de planta de la Gobernación —que no de la suya— que debe manejar el Fondo comentado y lo que es más, asignarle funciones.

El escogimiento de tal funcionario corresponde hacerlo autónomamente al Gobernador, quien decidirá si es adicha Secretaria u otro empleado el encargado de llevar el Libro Auxiliar de que da cuenta el artículo 6º

En cambio:

1. La segunda parte del artículo 2º de la Resolución que prevé la constitución de una póliza de manejo hasta por un valor de $ 100.000.oo para la persona del Departamento a cargo del Fondo se acomoda a la competencia que al efecto le otorga la Contralor Departamental el artículo 449 del Código Fiscal del Quindío en armonía con el artículo 441 *ibídem*.

2. Los artículos 3º, 4º y 6º desde donde dice: "Deberá llevar un libro ..." hasta terminar el texto incluyendo su parágrafo 7º y 8º que contemplan la manera contable como se debe manejar el Fondo Rotatorio, se ajustan a las facultades que al efecto confiere el Contralor el artículo 408 del Código Fiscal del Quindío en su literal "E) En relación con la contabilidad: ...b) Prescribir los métodos y sistemas de contabilidad de todas las dependencias departamentales y municipales y, así como de todas las entidades descentralizadas sometidas a su fiscalización y la manera como deben ser rendidas las cuentas por los empleados responsables y agentes de dichas entidades o por los contratistas".

3. Del mismo modo goza de autonomía el Contralor para delegar al funcionario suyo que a bien tenga el ejercicio del control fiscal sobre el Fondo, cual lo previene el artículo 9º de la Resolución.

Los artículos 10, que contemplan la comunicación de la Resolución a distintos funcionarios del Departamento y la Contraloría y el 11 que dispone la fecha de vigencia de la misma, de suyo son intrascendentes respecto de la cuestión debatida.

Por lo dicho los preceptos a que se refieren los numerales 1, 2 y 3 se sustraerán de la suspensión provisional de la Resolución enjuiciada que por esta decisión se conforma.

Debe esta Corporación advertir al Trbunal que el acto impugnado debió merecerle un más detenido estudio, toda vez que él consta de varios artículos a la luz de los cuales debió analizarse el alcance de las facultades del Contralor General *vis á vis* las del Gobernador —objeto de la suspensión provisional controvertida—.

Al ser distintas las atribuciones del *Contralor* y del *Gobernador* es menester entonces examinar en cada texto concreto las ejercidas por el primero para establecer hasta dónde hace uso de las suyas propias o invade la esfera de actuación del segundo.

No es suficiente como lo hizo el *a quo* citar escuetamente una providencia de esta Corporación para despachar con fundamento en ella la medida precautoria en comento.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, se revoca el auto apelado en cuanto dispuso suspender la Resolución número 054-R de 24 de octubre de 1986 dictada por el Contralor General del Departamento del Quindío en relación con los siguientes artículos: 2º "... quien para el efecto constituirá póliza de manejo hasta un valor de cien mil pesos moneda corriente ($ 100.000), 3º, 4º; 6º Desde la parte que dice "... deberá llevar un libro ... *hasta* terminar el artículo incluyendo el parágrafo; 7º, 8º, 9º, 10 y 11.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de ocho (8) de mayo de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Con aclaración de voto; *Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIAS REGIONALES (Aclaración de voto).—
1º Atribución de vigilancia. Normación.
2º Delimitación de funciones entre ellas y los Gobernadores.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR GUILLERMO BENAVIDES MELO

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*
Referencia: Expediente número 566. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Respetuosamente me permito aclarar mi voto, para consignar algunas razones que considero han debido insertarse en la providencia cuya parte resolutiva comparte en términos generales:

Hubiera sido de la mayor conveniencia jurídica recalcar, en la parte motiva, cómo las atribuciones de vigilancia puestas en cabeza de los Contralores regionales, surgen primeramente de la Ley 3ª de 1986 y no sólo de los Código Fiscales expedidos por las entidades territoriales. Esto, para ir precisando conceptos que delimiten claramente las competencias de aquellos funcionarios frente a las de los Gobernadores. La precisión legislativa, que no existía antes, tiene el alcance de corregir errores consignados en los Códigos Fiscales de los Departamentos, que conducen a atribuir a los Contralores funciones claramente administrativas, como ha tenido ocasión de establecerlo el Consejo de Estado en diversas ocasiones. Pero si las providencias de la jurisdicción contencioso administrativa se apoyan exclusivamente en las normas probadas de las codificaciones regionales y parten de la base (aceptada en varios casos), de que por virtud de lo dispuesto en el artículo 191 de la Constitución Política, la ordenanza por medio de la cual se expide el Código Fiscal es obligatoria aun cuando envuelva una manifiesta contradicción con la ley o con la misma Constitución, mientras el juez administrativo no se pronuncie especialmente sobre su ilegalidad o inconstitucionalidad, con ese método, seguido en la providencia a que me estoy refiriendo, el Consejo deja a salvo normas que pueden ser contrarias a la legalidad.

En el caso examinado, la cuestión parece aún más clara si se tiene en cuenta que la Ley 3ª es posterior al Código Fiscal del Quindío, lo cual indica que, aceptando, con gracia de discusión, la obligatoriedad de sus disposiciones, que atribuyeron funciones administrativas a los Contralores éstas fueron derogadas por la norma posterior de mayor jerarquía como es la ley, toda vez que en este evento se aplica el precepto según el cual, la ley, como Constitución, es derogatoria de la normatividad jerárquicamente inferior y anterior (obviamente) a sus disposiciones. El examen de numerosos procesos enviados en apelación por el Tribunal Administrativo del Quindío, han permitido a esta Sec-

ción examinar repetida y extensamente el Código Fiscal, en cuyo articulado se descubren muchas normas que consagran facultades administrativas en favor del Contralor, distintas a las que se refieren a la propia organización de la Contraloría, normas que resultan contrarias a las contenidas en la Ley 3ª de 1986 y que, por consiguiente, no puden regir, así esté por provocarse el ejercicio de la función jurisdiccional a través de demanda de nulidad con o sin solicitud de suspensión provisional. El Consejo debe, permanentemente, como lo ha hecho en otras oportunidades y precisamente a través de esta Sección, extender la interpretación de las disposiciones hasta donde sea conveniente, para que los Tribunales dispongan de un acervo doctrinario y jurisprudencias que, si bien no obligatorio, sí resulta útil para el cumplimiento de sus importantísimas funciones como controladores de la actividad administrativa en sus respectivos territorios.

Atentamente,

Guillermo Benavides Melo.

Bogotá, D. E., cinco de junio de mil novecientos ochenta y siete.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.—

Legitimación. SINDICATOS. INTERESES PARTICULARES DE LOS ASOCIADOS. No se encuentra, entre las funciones de los sindicatos la de representar en juicio intereses particulares de los afiliados.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 2428. Unica Instancia. Suspensión Provisional. Actor: SINALTRAMOPCAR.

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el Sindicato Nacional Unico de Trabajadores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y los Distritos de Carreteras Nacionales —SINALTRAMOPCAR— demanda la nulidad de las Resoluciones 0215, 0240 y 0290 de 1986, expedidas por la Inspectora III y por la Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, para que, en consecuencia, "se establezca a mis asistidos en el derecho sindical que tenían antes de haberse dictado los actos administrativos acusados" (fls. 24-45).

Observa este Despacho que por el primero de los actos que se enjuician, la Inspectora III de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia ordena "la inscripción del cambio parcial y de la remoción de dignatarios de la Junta Directiva del Sindicato Nacional Unico de Trabajadores del Ministerio de Obras Públicas y los Distritos de Carreteras Nacionales 'SINALTRAMOPCAR', Seccional Antioquia, con personería jurídica número 18 de febrero 6 de 1935, con domicilio en el Municipio de Medellín, Departamento de Antioquia, para un período comprendido según los estatutos: Leonardo Londoño Mejía, Vicepresidente; María Offir Quiceno, Secretaria; José Luis Osorio M., Tesorero; Germán Giraldo, suplente; León Jaime Osorio C., suplente" (fl. 5) ... "quienes reemplazan a Hernán Cano Ríos, Secretario General, Hernán Ortiz Restrepo, Vicepresidente; Gerardo Mesa Ossa, Tesorero y Javier Montoya, suplente, quienes fueron destituidos en la Asamblea Extraordinaria el día 6 de junio de 1986" (Res. Nº 0215 de julio 9 de 1986, fls. 2-6).

En virtud de recurso de reposición interpuesto por los señores últimamente nombrados, la misma funcionaria, mediante Resolución 0240 de julio 25 de 1986, confirmó en todas sus partes la anterior y concedió el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente (fls. 7-9). El de apelación es resuelto mediante Resolución 0290 de agosto 26 de 1986, por la cual la Jefe de la Sección también confirma en todas sus partes la Resolución 0215 de 1986 (fls. 10-12).

Se advierte claramente que los actos enjuiciados afectan intereses personales de los cuatro miembros de la Junta Directiva Seccional que resultan sustituidos por virtud de tales actos, quienes, según se expresa también en el libelo demandatorio, oportunamente los impugnaron (Ver fls. 26-27).

Igualmente en el poder otorgado por el Presidente del Sindicato se dice que el mandatario "con la nulidad del acto acusado, demandará también el restablecimiento del derecho de los señores Hernán Cano Ríos, Hernán Ortiz Restrepo, Gerardo Mesa Ossa y Javier Montoya" (folio 1).

Está claro, pues, que la acción de restablecimiento del derecho viene enderezada a restaurar los derechos pretendidamente lesionados de los citados ciudadanos. Siendo estos ciudadanos las personas exclusivamente interesadas en las resultas del proceso, debieron conferir poder especial al efecto, por cuanto su derecho particular no podía ser representado directamente por el Sindicato.

No se encuentra, en efecto, entre las funciones de los sindicatos la de representar en juicio intereses particulares de los afiliados. El artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo, refiriéndose a las funciones de las agremiaciones profesionales, señala que éstas están facultadas solamente para "representar en juicio o ante cualesquiera autoridades u organismos los intereses económicos *comunes* o *generales* de los agremiados o de la profesión respectiva...".

En tal virtud, no existiendo interés jurídico en la entidad demandante ni estando acreditada la personería de quien actúa a nombre y en interés de personas particulares cuyo restablecimiento del derecho se pretende, la demanda resulta inadmisible y así se declara.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

JUEGOS DE APUESTAS PERMANENTES. CHANCE. JUNTAS DE BENEFICENCIA: AUTONOMIA PARA DTERMINAR "LOS MEDIOS DE REALIZAR EL JUEGO".—

Es clara la disposición, Decreto reglamentario 33 de 1984, parágrafo del artículo 2º, en su determinación de otorgar a dichas juntas, en grado amplio de autonomía para determinar "los medios para realizar el juego" en cuestión.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor *Nelson Zuluaga Ramírez,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 574. Apelación Interlocutorios. Actor: Alberto Montoya Montoya.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en este proceso sobre nulidad de los artículos 1º, 3º y 6º del Acuerdo número 032 de 17 de septiembre de 1985 dictado por la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca, "por el cual se reglamenta la expedición de licencias para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes denominado 'chance' en el Departamento del Valle del Cauca", contra el auto de 28 de agosto de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo del mismo Departamento.

Antecedentes:

En libelo presentado el 28 de julio de 1986, solicitó el ciudadano Alberto Montoya Montoya la declaratoria de nulidad del citado acto administrativo, impetrando en capítulo separado la suspensión provisional del mismo, pues considera que es violatorio del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional ya que la facultad reglamentaria de las leyes le corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y si la Ley 1ª de 11 de enero de 1982 y el Decreto legislativo número 386 de 10 de febrero de 1986 (sic), dictaron normas en materia del Juego de Apuestas Permanentes, le correspondía al Presidente de la República utilizar su potestad reglamentaria como desarrollo de la norma legal y no a una simple Junta Directiva de un establecimiento público del orden departamental, organismo colegiado que se arrogó las funciones reglamentarias y como si fuera poco, excediéndose en sus funciones, puesto que a través de

esa decisión varió la norma legal en materia de contratación administrativa para el sistema del Juego de Apuestas Permanentes.

De igual modo, dice el actor, se desconoció ostensiblemente el artículo 5º de la Ley 1ª de 1982, enero 11, "por la cual se crean nuevas fuentes de financiación para los servicios seccionales de salud a través de la autorización de un juego de apuestas", norma que establece lo siguiente:

"El Gobierno *reglamentará* el Juego de Apuestas Permanentes con premios en dinero al cual se refiere esta ley, el cual será *uniforme* en los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales".

La facultad otorgada al Gobierno por lógica jurídica, dice, con base en la potestad reglamentaria que posee por mandato constitucional, fue desplazada por la Junta Directiva de la Beneficencia del Departamento del Valle, al *reglamentar* la expedición de licencias para la explotación del Juego de Apustas Permanentes denominado "chance" en el Departamento del Valle, variando fundamentalmente la norma o normas orgánicas legales por las cuales se dictan disposiciones en materia de este juego, y a través de una pretendida reglamentación, modificó el sistema de *contratación directa*, la concesión a personas naturales o jurídicas de la explotación del Juego de Apuestas Permanentes, establecido en los artículos 1º y 4º de la Ley 1ª de 1982 y en los artículos 4º, 5º, 26, 27 y 28 del Decreto nacional reglamentario número 33 de 1984. Estas normas fueron modificadas por el acto impugnado, al establecer un sistema de contratación diferente al legalmente señalado, o sea el de la *contratación directa de la concesión*, previo el lleno de los requisitos señalados en el artículo 26 del Decreto 33 de 1984, por el otorgamiento de los contratos de concesión del juego mencionado mediante el sistema de la *licitación pública* (art. 1º), al exigir nuevos requisitos a los legalmente señalados (art. 2º), al autorizar solamente el funcionamiento en el Departamento del Valle del Cauca de las *empresas* a las cuales se les haya adjudicado la concesión mediante *licitación pública*, excluyendo de hecho a las personas *naturales* y al establecer nuevas formas de inhabilidades para sancionar a los concesionarios incumplidos, modificando de esta forma el régimen de inhabilidades y de incompatibilidades, señalado en las leyes especiales que regulan el Juego de Apustas Permanentes, especialmente las señaladas en el artículo 6º del Decreto legislativo número 386 de 1983.

Se pronunció el Tribunal en su providencia de agosto 28 de 1986, admisoria de la demanda, negando la suspensión provisional deprecada, decisión que fundamentó básicamente en un análsis de la potestad reglamentaria que el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional otorga al Presidente de la República, de lo cual deduce que en el caso que nos ocupa no se vé por parte alguna la violación ostensible de las normas superiores por parte del reglamento acusado, sino que hay necesidad de verificar una serie de pruebas y de análisis exhaustivo de lo aportado y que se llegue a aportar para concluir de manera inequívoca en la violación flagrante de las normas superiores por parte de las que han sido objeto de acusación.

Contra la anterior providencia interpuso el actor, como ya se dijo, el recurso de apelación. Para decidirlo, anticipa la Sala las siguientes

Consideraciones:

Dictó la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca el Acuerdo número 032 de 17 de septiembre de 1985, apoyándose en la consideración de "que la Ley 1ª de 1982, el Decreto 386 de 1983 y el Decreto 33 de 1984, le han otorgado facultades a las Beneficencias del país para reglamentar de manera autónoma el Juego de Apuestas Permanentes denominado 'chance' en lo concerniente al otorgamiento de Contratos de Concesión", y las disposiciones acusadas son del siguiente tenor:

"*Artículo primero:* El otorgamiento de Contratos de Concesión para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes denominado 'chance' se hará mediante Licitación Pública, en la cual podrán participar personas naturales y jurídicas incluyendo los concesionarios que en la actualidad tienen contrato vigente con la Beneficencia del Valle".

"*Artículo tercero:* A partir del primero de enero de 1986, sólo podrán funcionar las Empresas de Apuestas Permanentes a quienes se les haya adjudicado la concesión, mediante Licitación Pública y tengan el contrato completamente legalizado".

"*Artículo sexto.* La Junta Directiva de la Beneficencia del Valle, previamente a la apertura de la Licitación, determinará anualmente el número máximo de concesionarios y agencias que podrán funcionar en cada municipio".

El artículo 5º de la Ley 1ª de 1982 prevé efectivamente que el juego de Apuestas Permanentes será objeto de reglamentación por parte del Gobierno. Y la ley en cuestión fue, en efecto, reglamentada por medio del Decreto 33 de enero 12 de 1984, el cual, según consta en la transcripción antes hecha, fue invocado por la Junta de la Beneficencia del Valle como sustento jurídico que la Reglamentación demandada. De este último Decreto cabe destacar el contenido del artículo 2º, cuyo texto es el siguiente:

"Cuando el juego de apuestas permanentes se realice directamente por las loterías o las beneficencias que la administren, el total de los ingresos derivados del mismo será transferido al Servicio Seccional de Salud correspondiente, previa deducción de los gastos de administración. En caso de que se relice mediante contrato de concesión se aplicará lo dispuesto en el presente Decreto.

"Parágrafo. Para los efectos del presente artículo, las loterías o las beneficencias que las administren podrán determinar, autónomamente, los medios para realizar el juego de apuestas permanentes, con sujeción a lo dispuesto en este Decreto.

Pasó por alto el apelante el contenido del "parágrafo" transcrito, que deja sin piso la afirmación de que las Juntas de Beneficencia carecen de todo poder de reglamentación en lo atinente al juego de apuestas permanentes. Por el contrario, es clara la disposición citada

en su determinación de otorgar a dichas juntas un grado amplio de autonomía para determinar "los medios para realizar el juego" en cuestión. Si a la luz de esta norma las Juntas de Beneficencia pueden o no disponer la formalidad de la licitación pública para el otorgamiento de contratos de concesión, es algo que no puede establecerse *prima facie*. Para llegar a una conclusión inequívoca al respecto es necesario emprender un estudio a fondo de todas y cada una de las normas que regulan esta materia, materia, huelga decirlo, reservada exclusivamente para el análisis jurídico que exige la sentencia que ponga fin a la instancia.

De otro lado, ninguna de las disposiciones que cita el demandante como presuntamente violadas, dice expresamente que la adjudicación de los contratos de concesión deba hacerse mediante el sistema de contratación directa, y en ningún caso mediante la licitación pública. Si tal es el alcance de las normas que regulan el asunto en estudio, como lo sostiene el actor, a tal conclusión habría de arrivarse por vía de interpretación del sentido de las mismas, estudio que, se repite no puede llevarse a cabo en esta etapa del proceso.

Otro de los ataques formulados contra el acto acusado es el de que en él se excluyen las personas naturales, para dar cabida en la adjudicación de las concesiones solamente a las empresas. Este cargo no tiene mayor consistencia frente al contenido del artículo 1º del Acuerdo número 032 que expresamente permite la participación en la licitación de las "personas naturales o jurídicas".

De todo lo anterior debe concluirse que no se dan las premisas exigidas por el inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para la prosperidad de la suspensión provisional, a saber, "que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación".

Las precedentes consideraciones, que obviamente no coinciden con el enfoque que el *a quo* dio al asunto, son las que llevan a esta Sala a confirmar la negativa de la suspensión provisional impetrada.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confírmase el auto de agosto 28 de 1986 dictado por el Tribunal Administrativo del Valle por el cual se negó la suspensión provisional de los artículos 1º, 3º y 6º del Acuerdo número 032 de 1985, proferido por la Junta Directiva de la Beneficencia del mismo Departamento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 8 de mayo de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SERVIDORES PUBLICOS. "JURISDICCION" COMPETENTE EN EL JUZGAMIENTO DE LOS ACTOS JURIDICOS DE ADMINISTRACION DE PERSONAL. "RELACION LABORAL".

La jurisdicción de lo contencioso administrativo declara la nulidad de los actos administrativos relacionados con empleados públicos y restablece su derecho lesionado y en cambio, los jueces del trabajo deciden el conflicto presentado entre trabajadores oficiales y entidades públicas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Proyectó: Doctor *Roberto Salgado,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 891-12.330. Apelación Interlocutorios.

Actor: Luis Aurelio Prada Prada.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander que inadmitió la demanda "por corresponder su conocimiento a la jurisdicción laboral ordinaria".

En la demanda se afirmaron, entre otros, estos hechos:

"2. Según sus Estatutos, la Empresa Licorera de Santander es una empresa industrial y comercial del Estado, de propiedad del Departamento de Santander.

"3. Luis Aurelio Prada Prada ingresó al servicio de la Empresa Licorera de Santander como Químico Farmacéutico, según Decreto 00266 expedido por el Gobernador de Santander el mes de febrero de 1970.

"4. Del cargo se posesionó el actor el 23 de febrero de 1970, según Acta número 1731.

"5. Después de sucesivos ascensos, finalmente el actor llegó al cargo de Director del Departamento de Producción de la Empresa demandada.

"6. La Junta Directiva de la Empresa Licorera de Santander expidió la Resolución número 871 de junio 28 de 1984, por la cual reclasificó los empleos calificando el del actor como de 'empleado público'.

"7. De dicha resolución fue notificado el actor el 16 de julio de 1984 y mediante Oficios 1023 de julio 13 y 1208 de julio 30 de 1984 se le ordenó posesionarse.

"8. Con el convencimiento de que su status era de trabajador oficial, el actor en escrito de 1º de agosto de 1984 manifestó al señor Gerente de la Empresa Licorera de Santander que no tomaría posesión del cargo como empleado público porque sacrificaría su situación legal adquirida con justo título de 'trabajador oficial'.

"9. Considerando que el actor al rehusarse ante la orden de posesión incurrió en 'mala conducta', por una parte, y que su contrato de trabajo tenía una duración presuntiva de seis en seis meses ya agotados, la Gerencia de la Empresa expidió la Resolución 1243 de 14 de septiembre de 1984 imponiendo al demandante la sanción de *'destitución'* de su cargo" (f. 2).

. . . . . .

"18. El artículo 32 de la Ordenanza 38 de 1983, en que se funda la Resolución 0871 de 28 de junio de 1984 de la Junta Directiva de la Empresa, fue demandada por el abogado Néstor Trujillo González ante el Tribunal Administrativo de Santander.

"19. Por auto de 27 de junio de 1984, el Tribunal admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de la norma acusada, medida que se encuentra en firme.

"20. El actor y otros demandaron la Resolución 0871 de 28 de junio de 1984 de la Junta Directiva de la Empresa, ante el mismo Tribunal, en acción de restablecimiento.

"21. El Tribunal admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto acusado por auto de septiembre 14 de 1984, igualmente ejecutoriado" (fl. 3).

Además, se expuso en la demanda, respecto de la competencia:

"No desconozco que las contenciones entre el Estado y las personas vinculadas a él bajo la modalidad de contrato de trabajo no pertenecen a esta jurisdicción. Así lo manda el Decreto-ley 528 de 1964.

"Pero a mi juicio tiene el Tribunal competencia para pronunciarse en este asunto, porque los actos acusados constituyen adicionalmente *actos administrativos*, expedidos por una empresa estatal, que en cuanto produzca actos de tal naturaleza, está bajo el control de legalidad que imparte la Corporación. Tanto más, cuando la decisión adoptada es típicamente administrativa: Sanción de destitución, que sólo se concibe como medida disciplinaria, aplicable a los empleados públicos, por faltas definidas en el estatuto de los mismos. Ello, porque según lo dice la Empresa en los actos acusados, a su juicio el actor al tiempo de expedirse la Resolución 0871 de 1984 automáticamente adquirió la calidad de empleado público, y como tal lo trató. Juicio que no comparto por supuesto, pero que enmarca la naturaleza jurídica de los actos acusados" (fls. 5 y 6).

El Tribunal del conocimiento consideró en lo pertinente:

"En relación con las empresas industriales y comerciales del Estado, como en el presente caso la Empresa Licorera de Santander,

la ley establece que en sus estatutos se debe determinar cuáles actividades de confianza y manejo deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

"Si bien es cierto el cargo de Director II - División Técnica - Departamento de Producción de la Empresa Licorera de Santander fue clasificado entre los que debe ser desempeñado por empleado público, también lo es que de éste no alcanzó a tomar posesión del mismo en legal forma y hasta el momento de su destitución se hallaba vinculado como trabajador oficial. Así se deduce también de la manifestación del mismo demandante en lo nota fechada el 1º de agosto de 1984, en el sentido de que siendo trabajador oficial se halla subordinado a los términos del contrato de trabajo que no se ha extinguido por ninguna de las formas autorizadas por la ley, y de la demanda al sostener que las contenciones entre el Estado y las personas vinculadas a él bajo la modalidad de contrato de trabajo no pertenecen a esta jurisdicción. De otra parte se presume que los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, mientras en los estatutos no se determina otra cosa" (fl. 22).

Para resolver se considera:

El planteamiento del demandante en el sentido de que los actos acusados son actos administrativos es indiscutible. De igual manera lo es que la parte demandada al proferirlos le da al actor el tratamiento de empleado público, utilizando, inclusive, una figura típica de remoción disciplinaria propia de tales funcionarios.

Sin embargo, lo anterior no significa que esta jurisdicción tenga competencia para conocer de la acción propuesta. En efecto, sobraría la exclusión que hacen en su numeral 6º los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, respecto de las acciones de restablecimiento del derecho derivadas de un contrato de trabajo si se admitiere su viabilidad, por la circunstancia de que los actos jurídicos mediante los cuales los entes públicos ejercen la administración de personal tienen la naturaleza de actos administrativos. Obvio es que estos no cambian su esencia por el hecho de que la condición jurídica del funcionario sea la de trabajador oficial. Pero, la diferencia radica en que esta jurisdicción declara la nulidad de los actos administrativos relacionados con empleados públicos y restablece su derecho lesionado y, en cambio, los jueces del trabajo deciden el conflicto presentado entre trabajadores oficiales y las entidades públicas.

En suma, lo decisivo es la naturaleza de la relación laboral, si uno de los sujetos es trabajador oficial o empleado público. En este asunto en nada afecta que la parte demandada considere al demandante como un empleado público. Lo evidente es que en principio, como lo dice el Tribunal, por tratarse de que la Empresa Licorera de Santander es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden departamental, por regla general sus servidores son trabajadores oficiales y que sólo por excepción son empleados públicos; que desde su ingreso el actor tuvo la condición jurídica general aludida y que el cambio de dicho status jurídico está suspendido provisionalmente por el mismo Tribunal, según los hechos de la demanda. Luego, no hay duda acerca de que durante la vinculación del actor con la demandada

tuvo la condición de trabajador oficial. Cabe anotar al respecto que el actor no aceptó su cambio de status y por eso se negó a tomar posesión de su cargo como empleado público.

Lo anterior no se desvirtúa por los errores que haya cometido la demandada sobre la calificación de la condición jurídica del trabajador y de la figura empleada para su remoción.

Pero, además, si bien la *definición* de si existe competencia o no se hace al momento de producirse la sentencia, importa para los efectos de la admisión de la demanda las afirmaciones que el demandante haga en ella sobre los factores que la determinan, no pudiendo aceptarse que se tramite un proceso en contra de la expresa prohibición contenida en el numeral 6 de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, pues, como se vio, el demandante parte del supuesto de que siempre fue un trabajador oficial.

En las condiciones anteriores lógico es concluir que la providencia apelada debe confirmarse.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelve:

Confírmase el auto recurrido.

Sin costas por no aparecer causadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 20 de febrero de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Gaspar Caballero Sierra, Consuelo Sarria Olcos, Conjuez.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD.—

1º Carecen de personería jurídica.

2º Constituyen una dependencia de la administración departamental.

3º Representación legal.

4º Personas que laboran en dichos servicios. Calidad.

5º Ejercicio del Derecho de Asociación: No pueden presentar pliegos de peticiones (art. 416, C. S. del T.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cinco de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 2385. Actor: Alfonso Gómez Castaño.

Apelación Interlocutorios.

Se decide el recurso de apelación instaurado por la Asociación Nacional de Enfermeras Certificadas —Seccional de Santander— contra el proveído de 14 de octubre de 1986, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto suspendió provisionalmente la Resolución número 001295 de 13 de agosto de 1986, expedida por el Secretario de Salud de Santander - Jefe del Servicio Seccional de Salud "mediante la cual se da curso de ley y se resuelve una solicitud respetuosa de la Asociación Nacional de Enfermeras Certificadas 'ANDEC' ".

Dice la providencia recurrida:

"Expresa el actor que el acto acusado viola en forma ostensible, manifiesta y directa los artículos 194 de la Constitución Nacional, 233 del Decreto 1222 de 1986, del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 84 del Decreto 01 de 1984, vale decir que la infracción surge de la confrontación entre el acto acusado y la norma positiva superior.

"El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, consagra las reglas que deben cumplirse para que esta medida de carácter provisional sea viable, siendo indispensable que se solicite y sustente de modo expreso, en la demanda o por escrito separado y que la suspensión no esté prohibida por la ley. Si la acción es de nulidad, cumplidas las anteriores exigencias, basta que se observe manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir de una sencilla comparación.

"Como en el presente caso se cumplen los requisitos anteriormente aludidos, se procederá a estudiar la procedencia de la petición:

"En relación con la posible violación del artículo 194 de la Constitución Nacional señala el actor que con la Resolución impugnada se otorga validez a una convención colectiva de trabajo por parte del Secretario de Salud, resultado de un pliego de peticiones formulado por la Asociación Nacional de Enfermeras Certificadas 'ANDEC', sin tener competencia para ello, toda vez que en el evento en que dicha agremiación pudiera elevar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, sería el Gobernador del Departamento el facultado para entrar a negociar y suscribir acuerdos, pues el Servicio Seccional de Salud de Santander es sólo una dependencia más de la Administración Departamental.

"En lo atinente a la manifiesta infracción del artículo 233 del Decreto 1222 de 1986 expone que los trabajadores de la Secretaría de Salud son empleados públicos del orden departamental y como tales sólo pueden elevar solicitudes respetuosas a las autoridades respectivas en interés de todos los afiliados, sin que estén facultados para entrar a negociar aspectos relacionados con su estabilidad, fueron sindicales, etc., y en el presente caso se ha firmado una convención colectiva de trabajo con un sindicato de empleados públicos, hecho que está prohibido por la ley.

"Agrega además que con el acto acusado se violó el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto señala que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas y en tal virtud dichos servidores carecen del fuero sindical que en la Resolución demandada se les otorga.

"Al resolver una petición de *suspensión provisional* de un acto similar expedido también por el Secretario de Salud de Santander, este Tribunal expresó lo siguiente en providencia de 24 de septiembre último:

"En cuanto a la transgresión de disposiciones superiores, basta leer la Resolución impugnada, la cual es reproducción de un acuerdo suscrito entre el Sindicato Nacional de Empleados de la Salud - Seccional Santander, con el Secretario de Salud de este Departamento, para deducir que se violó el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, que prohíbe a los sindicatos de empleados públicos, celebrar convenciones colectivas, pues de conformidad con el artículo 233 del Decreto 1222 de 1986, los servidores departamentales son empleados públicos, con excepción de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas.

"Por otra parte, como lo anota el peticionario, si la Secretaría de Salud carece de personería jurídica y sus servidores son empleados públicos del orden departamental, el Jefe del Servicio Seccional o Secretario de Salud de Santander, carece de capaci-

dad para comprometer económicamente al Departamento en materias para los cuales no ha sido facultado" (Auto de 24 de septiembre de 1986. Expediente número 4925 de 1986. Actor: Doctor Alfonso Gómez Castaño. Ponente: Doctora Mariela Vega de Herrera).

"En efecto, el artículo 21 del Decreto 350 de 1975, estatuto que establece la organización y funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud, señala que el personal que labora en dichas dependencias tienen el carácter de empleados públicos y están sometidos a una situación legal y reglamentaria. Además el artículo 2º del Decreto 694 de 1975 estatuye que quienes presten sus servicios en cargos permanentes en los organismos del Sistema Nacional de Salud tienen la calidad de empleados públicos. En tal virtud, y de conformidad con la prohibición expresa del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, ni la Asociación Nacional de Enfermeras Certificadas 'ANDEC' podía elevar pliegos de peticiones, ni el Jefe Seccional de Salud tiene competencia para celebrar acuerdos con dichas agremiaciones con fundamento en tales solicitudes, para luego ratificarlos por medio de resoluciones que, como la acusada en la anterior demanda, violan flagrantemente normas de orden superior".

En el memorial sustentatorio del medio de impugnación instaurado, se argumenta de la manera siguiente:

"No es ostensible, como lo exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, la alegada contradicción del acto acusado con normas jurídicas superiores.

"Esa contradicción tiene que percibirse a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas, cosa que aquí no ocurre puesto que se afirma que la resolución acusada constituye una convención colectiva de trabajo cuando no lo es ni en su forma ni en su esencia. Las formalidades específicas de una convención colectiva de trabajo no aparecen por parte alguna en la resolución atacada.

"La afirmación de que el memorial respetuoso de solicitudes elevado por el sindicato ante el Secretario de Salud constituyó un verdadero pliego de peticiones carece de todo respaldo probatorio y dialéctico.

"Antes, por el contrario, el propio actor en su demanda afirma que el sindicato *'elevó un memorial respetuoso*, que en el fondo no es otra cosa que un verdadero pliego de peticiones', luego de haber escrito que 'la ley quiere que los sindicatos de empleados públicos presenten *memoriales respetuosos* a la administración a través de los jefes respectivos, en donde expongan y pidan *todo aquello que tenga por objeto el bienestar de sus afiliados'* (Los subrayados son míos).

"Según el contrato de reestructuración del Servicio Seccional de Salud de Santander fechado el 5 de julio de 1974 y celebrado entre la Nación, el Departamento de Santander y la Bene-

ficencia, el Jefe del Servicio Seccional 'será el representante legal del organismo'.

"Lo anterior explica el porqué la resolución fue suscrita por el Jefe del Servicio Seccional de Salud, como representante del organismo, actitud oficial que, por lo demás fue autorizada por la Junta de Salud, que es presidida precisamente por el señor Gobernador del Departamento.

"Probaremos en este proceso que nada se hizo a espaldas del Gobernador y que esta acción sólo esconde un afán inaceptable de persecución política".

Para resolver,

Se considera:

No cabe duda que los Servicios Seccionales de Salud de los Departamentos que no constituyen un establecimiento público, y que no tienen personería jurídica ni patrimonio propio, sólo vienen a constituir una dependencia de la Administración Departamental y, por lo mismo, su representación legal está atribuida desde luego, en el respectivo gobernador.

Siendo así, las personas que laboran en dichos servicios no tienen otra calidad que la de empleados públicos de orden departamental, ligados mediante una relación legal reglamentaria.

Desde luego, los empleados públicos en ejercicio del derecho de asociación pueden formar sindicatos y, entre sus funciones, éstos pueden elevar a los respectivos Jefes de la Administración "memoriales respetuosos que contengan solicitudes que interesen a todos sus afiliados en general..." (art. 414-4 del C. S. del T.), sin que ello implique que puedan presentar pliegos de peticiones, por expresa prohibición del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el *sub lite* está demostrado, que el acto acusado, o sea la Resolución número 001295 de 13 de agosto de 1986, se profirió, no para resolver una "solicitud respetuosa de la Asociación Nacional de Enfermeras Certificadas", sino más bien por su contenido y fines un verdadero pliego de peticiones, como así mismo lo denomina el acto impugnado más adelante cuando dice: "Que el Jefe del Servicio de Salud de Santander, en consecuencia dio curso al estudio del pliego presentado".

De la breve reseña procesal anterior se infiere que el acto acusado, como se afirma en el libelo demandatorio, incurre en una manifiesta violación de normas superiores, que se percibe a través de una sencilla comparación, como son el artículo 194, numeral 4 de la Constitución Nacional: Que asigna la representación de los Departamentos en los Gobernadores; artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo que prohíbe a los sindicatos de trabajadores presentar pliego de peticiones.

Con base en lo anterior, y como se llenan los presupuestos contemplados en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, la providencia recurrida habrá de confirmarse.

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

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

En firme este proveído devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión celebrada el día veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA.—

Sólo administran justicia los Tribunales y Juzgados creados por la Constitución Política o establecidos por la ley a tenor del artículo 58 de la Carta. JURISDICCION. ¿De dónde emana? Creación y organización. JUECES DE RENTA DE POLICIA Y FISCALES. RAMAS DEL PODER PUBLICO. Separación; SENTENCIA Y AUTO. Denominación. POLICIA. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS. PODER DE POLICIA Y FUNCION POLICIVA. ALCANCES. Sentencia de abril 21 de 1982 de la Corte Suprema de Justicia, sobre inexequibilidad de algunas normas del Código Nacional de Policía. FUNCIONARIOS DE LA POLICIA. Competencia. Sentencia de mayo 21 de 1984 sobre inexequibilidad de unos artículos de la Ley 2ª de 1984. PODER DE POLICIA. NORMAS. Las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden dictar normas de Policía. Límites. CONTRAVENCIONES creadas por las Asambleas sólo pueden ser policivas o administrativas. TASAS O IMPUESTOS SOBRE BODEGAJE. REGULACION Y SANCIONES. Son materias de la ley en sentido formal (arts. 67 y 68 de la Ley 14 de 1983).

DELITOS Y CONTRAVENCIONES. Sólo pueden ser definidas o tipificadas por la ley. JUICIOS DE POLICIA. Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. TORNAGUIA. Artículo 5º del Decreto 2969 de 1983.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., cuatro de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 4752. Actor Servimos de Medellín Ltda.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del Departamento de Norte de Santander, contra la sentencia de 30 de julio de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de dicho Departamento, dentro del proceso de restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad "Servimos de Medellín Ltda.".

I. La sentencia apelada:

1. La parte resolutiva dice:

"Declárese nulo el auto de fecha agosto trece (13) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) expedido por el Juzgado de Rentas y

Ejecuciones Fiscales del Departamento de Norte de Santander, mediante el cual decidió declarar de propiedad del Departamento, quinientos noventa y ocho (598) cajas de doce (12) botellas y una más de nueve (9) botellas de Ginebra Gordons, elaborada en Venezuela, legalmente importada y de propiedad de la firma 'Servimos de Medellín Ltda.'. En consecuencia se dispone: a) Es nula la aplicación de una sanción pecuniaria a una persona natural distinta de la persona jurídica 'Servimos de Medellín Ltda.' propietaria de la mercancía";

"b) Como consecuencia de la anterior nulidad, se ordena al Departamento de Norte de Santander, a la devolución de la mercancía incautada o al pago del valor de la misma, si ya se hubiere dispuesto de ella, así como también el pago de los valores indemnizatorios que se logren probar por daños emergentes y lucro cesante; y"

"c) Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese ante el honorable Consejo de Estado" (fs. 73 y 74, C. 1 *bis*).

2. La decisión anterior tiene las siguientes consideraciones:

"El presente caso debe ser analizado con mucho detenimiento teniendo en cuenta la condición de la ciudad de Cúcuta de Puerto Terrestre y como tal considerar que se deben brindar toda clase de garantías a las personas que utilizan esta situación: a) Los artículos 67, inciso 2º y 68 de la Ley 14 de 1983 (julio 6) establecen":

"*Artículo 67:* 'Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63 de esta ley, los departamentos, intendencias y comisarías no podrán establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de licores, vinos, vinos espumosos, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros, bodegajes obligatorios, gastos de administración o cualquier otro gravamen distinto al único de consumo que determine la ley' ".

" 'Los departamentos, intendencias y comisarías podrán establecer contractualmente el servicio de bodegaje oficial, sin perjuicio de que los particulares, puedan utilizar, sin que ellos les implique erogaciones o cargas adicionales, su propio sistema de bodegaje, conforme a las normas vigentes' ".

"b) El artículo 68 establece: 'Las bebidas alcohólicas destinadas a la exportación o en tránsito no serán objeto de gravamen alguno' ".

"De la concordancia de estas disposiciones con el artículo 64 se establece sin lugar a dudas que al Departamento Norte de Santander le corresponde el impuesto de consumo de los licores que se consuman dentro del territorio departamental y mal puede obligarse a su imposición, puesto que está suficientemente explicado que se trata de una mercancía en tránsito que debe permanecer en bodegas por problemas suficientemente explicados y que en su oportunidad fueron conocidos por quienes en ese momento detentaban el cargo de su conocimiento y lo autorizaron en su oportunidad".

"Cúcuta por su condición de Puerto Terrestre tiene que tener una reglamentación especial que el Departamento o la fábrica de licores debe emprender de inmediato, donde se prevean toda clase de contingencias y no se persiga a su usuario; pues qué será de una ciudad portuaria que padece la crisis más grande de su historia y se dedica a

perseguir y poner trabas a quienes tienen el coraje de utilizarla?, pues mientras esta mercancía esté en bodega, no está dada al consumo y debe respetarse el bodegaje previsto en la ley artículo precitado. Esta situación es muy frecuente en los puertos y debe tratarse con amplitud, reglamentando el *modus operandi* de las bodegas".

"El Departamento Norte de Santander, debe establecer contractualmente el servicio de bodegaje de que trata el inciso del artículo 67 y como quiera que la citada disposición establece que sin perjuicio de que los particulares puedan utilizar su propio sistema de bodegaje; debe respetarse esta disposición que prima sobre el artículo 47 de la Ordenanza 10 de 1982 (noviembre 25)" (fls. 72 y 73, C. 1 *bis*).

II. Fundamentos del recurso:

El recurrente expone las siguientes razones:

"En el hecho 5º de la demanda, el actor afirma y reconoce que la mercancía fue adquirida por la empresa 'con el único objeto de venderla para el consumo en el *Departamento de Antioquia,* es decir *que se encontraba en tránsito* hasta el momento oportuno para su envío a Medellín' ".

"El artículo 5º del Decreto 2969 de 1983, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 14 de 1983, define cuáles son las bebidas alcohólicas en tránsito. '... las que no han llegado a la entidad territorial destinataria ... En todo caso *estas mercancías deben estar amparadas por la respectiva tornaguía;* o de lo contrario podrán ser decomisadas por las autoridades competentes ...' ".

"Analizando esta norma y la circunstancia de estar establecido dentro del proceso, que la mercancía decomisada *estaba en tránsito* a la ciudad de Medellín, se puede establecer fácilmente que el acto acusado es legal, por cuanto tal mercancía no estaba amparada por la tornaguía a que se refiere el citado artículo 5º del Decreto 2969 de 1983".

"La tornaguía exigida por la ley para las bebidas alcohólicas en tránsito no es en realidad un gravamen, ni mucho menos un impuesto que pretenda imponer el Departamento Norte de Santander como erróneamente se afirma en la sentencia apelada".

"La tornaguía es simplemente un requisito que exige la misma ley. En ningún momento es un impuesto de consumo, por lo que mal puede afirmarse que se violaron los artículos 67 y 68 de la Ley 14 de 1983".

"Precisamente, el artículo 67 de la Ley 14 de 1983 prohíbe establecer gravámenes adicionales *distintos al único de consumo que determine la ley*".

"La tornaguía es un requisito que establece *la misma ley* para las bebidas alcohólicas en tránsito. Entonces, ¿cómo puede decirse, en el presente caso, que se impuso un nuevo gravamen o impuesto al consumo?".

"Lo único cierto es que el Departamento Norte de Santander decomisó la mercancía por cuanto ésta no estaba amparada por la tor-

naguía que exige la ley y más concretamente el artículo 5º del Decreto 2969 de 1983, vigente".

"Por lo tanto, y con base en las razones expuestas, debe revocarse la sentencia, objeto del recurso, que en forma oportuna interpongo" (fls. 75 y 76, C. 1 *bis*).

III. La oposición:

La parte opositora defiende la legalidad de la sentencia apelada, así:

"Como consecuencia al análisis de los *hechos* controvertidos, a las pruebas allegadas y a los argumentos presentados por las partes, a lo largo del proceso, la *sentencia* proferida, se ajusta a derecho, a una realidad expendencial y en concordancia con lo estatuido por la Ley 14 de 1983, en lo pertinente a la materia, artículos 67 y 68 del Capítulo V, Impuesto al consumo de licores".

"No ha habido ilegalidad en la providencia apelada, honorables Consejeros de Sala, por las siguientes razones":

"a) Se trata de una mercancía legalmente importada y debidamente nacionalizada, con la cancelación de los gravámenes correspondientes. Para el efecto se cumplieron los requisitos exigidos":

"Factura de compra ... a Mooris E. Curiel & Sons S. A. número E/83/05-20/10/85".

"Constancia de venta... de Dapuyana a Servimos de Medellín Ltda.".

"Registro de importación ... Incomex G.839072 A.

"Certificado de Proexpo... 202400, noviembre 9 de 1983.

"Manifiesto de importación ... 1886, noviembre 9 de 1983.

"Planilla de Pago ... Dirección General de Aduanas por $ 613.338.oo";

"b) Primero fue depositada dicha mercancía, en las Bodegas de la Aduana - Almaviva, y luego trasladada a los depósitos particulares de la distribuidora 'El Parral', de propiedad del señor E. Parra, distribuidor de los productos Dapuyana Ltda.";

"c) El destino de dicha mercancía era para el *consumo*, dentro del Departamento de *Antioquia*, conforme lo indica el Manifiesto de Importación, en el acápite 'Departamento de Destino' encontrándose únicamente *bodegada*, aquí en Cúcuta, *'en tránsito'* ";

"d) En forma concisa el punto de divergencia, 'quid de la apelación', radica en que no cumplió con un requisito de presentación de la mercancía bodegada 'en tránsito', o sea la *tornaguía. Pero*, honorables Consejeros de Sala, para llegar a establecer la importancia 'esencial o accidental' de la *tornaguía*, en el momento de incautación de la mercancía en *bodega y 'en tránsito'*, por Cúcuta, con destino al *consumo* dentro del Departamento de Antioquia, es necesario, como bien lo hizo el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Norte

de Santander, *analizar* en primer término, el contenido de lo establecido en los artículos 67, inciso 2º y 68 de la Ley 14 de 1983".

"Así rezan las disposiciones citadas":

"*Artículo 67.* 'Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63 de esta ley, los Departamentos, Intendencias y Comisarías no podrán establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de licores, vino, vinos espumosos o espumantes, aperitivos similares, nacionales y extranjeros, bodegajes obligatorios, gastos de administración o cualquier otro gravamen distinto al único de consumo que determine la ley' ".

" 'Los departamentos, intendencias y comisarías podrán establecer contractualmente el servicio de bodegaje oficial, *sin perjuicio de que los particulares, puedan utilizar, sin que ello les implique erogaciones o cargas adicionales, su propio sistema de bodegajes*, conforme a las normas vigentes' (Subrayado fuera de texto)".

"*Artículo 68.* 'Las bebidas alcohólicas destinadas a la exportación *o en tránsito*, no serán objeto de gravamen alguno' (Subrayado propio)".

"*Es decir* de acuerdo a lo establecido en estas normas de carácter superior, a una Ordenanza, al hacer su aplicación al caso de estudio, fácilmente es deducible lo siguiente":

"1. Que el *consumo* de las mercancías incautadas *no era con destino* al Departamento Norte de Santander, *sino* al Departamento de *Antioquia*".

"2. Como consecuencia lógica de lo anterior esa mercancía, con destino a *Antioquia*, estaba era *'en tránsito'*, por Cúcuta".

"3. Que al estar esas mercancías 'bodegadas' en depósitos particulares de la distribuidora 'El Parral', no se hacía amparados por la ley".

"*De ahí*, el que no se diga, en la misma providencia, objeto de apelación; ... 'mientras esta mercancía esté en bodega no está dada al consumo y debe respetarse el bodegaje previsto en la ley, artículo precitado' ";

"e) Pretender, decir como lo alega el señor apoderado del Departamento que las mercancías incautadas no estaban amparadas por la respectiva tornaguía, y por lo tanto podían ser *decomisadas* por las autoridades competentes, es ser demasiado dogmático de ordenanzas, y desconocedores del sentido social y general del articulado de una ley".

"*Además*, el hecho de decomisar una mercancía, no lleva consigo la asignación de propiedad a favor, en el caso de estudio Departamento Norte de Santander, como en forma 'a la ligera', se hizo en el auto de fecha 13 de agosto de 1983, expedido por el Juzgado de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento Norte de Santander, cuya anulación se pidió, y fue declarada por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo del mismo Departamento".

"El amparo de la *tornaguía*, para las mercancías en *'tránsito'*, hace referencia no a una bodega, sino al *transporte* y es inherente a éste mismo; es decir, se debe llevar cuando la mercancía sea transportada,

sea conducida de un lugar a otro, *no*, cuando esté simplemente en bodega, en expectativa de abordar su destino".

"Razón le asiste al Ponente, en su providencia al decir: ...'Cúcuta por su condición de Puerto Terrestre tiene que tener una reglamentación especial que el Departamento o la fábrica de licores deben emprender de inmediato, donde se prevean toda clase de contingencias y no se persiga a su usuario'..4".

"Es tan ilegal la incautación de las mercancías, de propiedad de Servimos de Medellín Ltda., por parte del Departamento Norte de Santander, Juzgado de Ejecuciones Fiscales, que el precitado Despacho en su providencia de fecha agosto 13 de 1984, en los Considerandos, dice textualmente":

"*Segundo.* Conforme a las restantes pruebas que integran el informativo y que se han puesto de manifiesto anteriormente, Humberto Alvaro Correa Angel, resulta ser autor de *fraude a las rentas departamentales*, por haber infringido el artículo 46 del Código de Rentas ...".

"El apelante, soporta su alegación, en la falta de *tornaguía.* Exponiendo juzgador y apelante criterios diferentes, con fundamentos diferentes, demostrando con ello la ilegalidad de la incautación y razón al honorable Tribunal de lo Contencioso del Norte de Santander, en declarar nulo el acto administrativo de fecha agosto 13 de 1984" (fls. 83 a 87, C. 1 *bis*).

IV. El concepto fiscal:

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2º de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"En primer lugar la acción instaurada por el actor pretende la nulidad de una sentencia proferida por un Juez de Rentas Departamentales la cual fue proferida con facultades establecidas en la Ordenanza número 10 de 1982 expedida por la Asamblea del Departamento de Norte de Santander, mediante la cual se modificó y actualizó el Código de Rentas de Santander y se fijó como objetivo del mencionado ordenamiento, la determinación de las Rentas Departamentales, el establecimiento de las contravenciones y sanciones a los infractores y la fijación de normas procedimentales para su investigación y juzgamiento".

"Para el cumplimiento de su objetivo se estableció en el Título V, artículos 92 y siguientes el procedimiento, la jurisdicción y competencia la cual se fijó a los jueces de Rentas y Ejecuciones Fiscales de Norte de Santander con sede en Cúcuta y jurisdicción en todo el Departamento".

"Así mismo el artículo 95 otorgó a los funcionarios de justicia de Rentas del Departamento facultades iguales a las autoridades judiciales y el artículo 96 establece que el Resguardo de Rentas tendrá carácter únicamente policivo en los procesos de defraudación a las rentas".

"De lo anterior se concluye que las actuaciones de los jueces de rentas son de carácter policivo toda vez que conocen de las conductas y actuaciones que configuran defraudación o contravención a las rentas departamentales, con facultades iguales a las de la autoridades judiciales. De estas facultades se deriva su competencia para juzgar y como consecuencia absolver o sancionar".

"Siendo las conductas descritas en la Ordenanza número 10 de 1982, hechos punibles por su carácter de contravenciones, las providencias que resuelven sobre los mismos tienen el carácter de actos jurisdiccionales".

"El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, inciso 3º dispone expresamente que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en jurisdicción de policía de carácter penal o civil ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario".

"En consecuencia se considera que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer de la demanda de nulidad del fallo proferido por el Juez de Rentas Departamentales de Norte de Santander, por lo cual este Despacho solicita a la honorable Sala revoque el fallo apelado y en su lugar se declare inhibida para fallar" (fls. 89 y 90, C. 1 *bis*).

V. Consideraciones de la Sala:

A. Conviene precisar que la Sala no comparte el concepto fiscal, por las siguientes razones:

1. Así en las distintas entidades territoriales se creen, por ordenanzas o acuerdos, funcionarios denominados *"jueces"*, unos de "policía", otros de "rentas", otros "fiscales", etc., lo cierto es que sólo administran justicia los Tribunales y Juzgados creados por la Constitución Política o establecidos por la ley, a tenor del artículo 58 de la Carta.

La jurisdicción emana de la soberanía de la Nación y sólo el legislador nacional puede crearla y organizarla.

2. De otra manera la separación de las ramas del poder, columna toral del estado de derecho y mandada expresamente en el artículo 55 de la Constitución, desaparecería.

3. No puede, por lo mismo, llamarse sentencia o auto sino a la providencia de los jueces de la República, por mandato de los Códigos de procedimiento en las distintas ramas y del artículo 163 de la Carta.

4. Las funciones de la policía son administrativas, no jurisdiccionales.

B. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de abril de 1982 sobre inexequibilidad de algunas normas del Código Nacional de Policía (Decreto-ley 1355 de 1970) fijó los alcances del poder de policía y de la función policiva y en sentencia de mayo 31 de 1984, sobre inexequibilidad de unos artículos de la Ley 2ª de 1984, analizó la competencia de los funcionarios de la policía, frente a los delitos y las

contravenciones muy especialmente cuando estas últimas violan la ley penal (art. 18 del C. P.).

Y ciertamente las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden dictar normas de policía sobre aspectos no regulados por la ley y especialmente, por el Código Nacional de Policía, pero las contravenciones que creen no pueden ser de naturaleza penal por lo ya visto, sino policivas o administrativas.

Todo lo anterior indica, que la regulación de tasas o impuestos sobre bodegaje y sanciones con ellos relacionadas son materia de la ley, en sentido formal, a tenor de los artículos 67 y 68 de la Ley 14 de 1983.

Pero lo fundamental estriba en precisar: 1. Que no se está en presencia de una *sentencia* o, en general, de una providencia jurisdiccional; 2. Que quien profirió el acto acusado no es *juez* en los términos de la Constitución y la ley, sino un funcionario administrativo; 3. Que los *hechos* punibles "que violan la ley penal y que pueden ser delitos" o "contravenciones", sólo pueden ser definidos o tipificados por la ley en sentido formal; y 4. Que no se trata, entonces, de un juicio penal de policía, sino de una providencia administrativa, pues sólo puede hablarse de violaciones de la ley penal, o sea, de contravenciones especiales o punibles cuando ellas han sido tipificadas por la ley en sentido formal; 5. No puede haber, pues, Códigos Penales Regionales, Departamentales o Municipales, con lo que se desvertebraría la unidad de la República; 6. La interpretación y determinación de los juicios de policía como medida de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, aún sin considerar su regularidad frente al artículo 193 de la Constitución Política, debe ser cuidadosa y estricta, pues de otra manera se dejarían sin control jurisdiccional los actos más arbitrarios de la Administración.

C. Por lo demás, las consideraciones del *a quo*, sobre el fondo de la controversia, atrás transcritas, merecen el prohijamiento de la Sala, pues corresponden a la realidad probatoria del proceso y a la aplicación correcta de la Ley 14 de 1983.

Y en cuanto a la "tornaguía" de que habla el artículo 5º del Decreto 2969 de 1983 y a que se refiere el apelante, baste decir que ella es requisito indispensable para el *transporte* de dicha mercancía, una vez nacionalizada pero, obviamente, no es requerida para su bodegaje.

D. No hay pautas en la sentencia apelada sobre la liquidación de los perjuicios, por lo que se modificará la sentencia apelada en el sentido de precisar que se condena a la devolución de la mercancía y al pago de los intereses comerciales sobre el costo inicial de la misma desde la fecha del decomiso hasta su entrega y si no fuere posible esta última, se pagar el valor comercial presente de la misma y el interés comercial en la forma que se acaba de expresar.

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

Falla:

Primero. *Confírmase,* los literales A y C de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

Segundo. Modifícase el literal b) de la parte resolutiva de la misma sentencia el cual quedará así: Como consecuencia de lo anterior *condénase* al Departamento de Norte de Santander a la devolución de la mercancía decomisada y al pago de los intereses comerciales del costo de la mercancía entre la fecha del decomiso y la entrega. Y si no fuere posible la entrega deberá pagar a los demandantes el valor comercial presente de dicha mercancía y los intereses comerciales en la forma que se acaba de expresar, hasta el pago del capital.

Tercero. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Julio César Uribe Acosta, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CAPITULO CUARTO

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO. CREACION DE EMPLEOS. No es aserción de carácter absoluto la de que pueden en ellas, proveer, AD LIBITUM, en lo que atañe al ordenamiento administrativo, pues si sus actos están subordinados a diversidad de reglas unas veces dadas por la propia Carta, otras por la ley y el reglamento y hasta por disposiciones particulares de su funcionamiento institucional, extrañaría a las mismas cualquier evento de discrecionalidad.

Suspéndese provisionalmente la frase "PUDIENDO PARA ELLO, CREAR, FUSIONAR Y SUPRIMIR CARGOS", contenido en el artículo 22 de la Ordenanza número 002 de fecha 23 de octubre de 1985, expedida por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., trece de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Miguel Betancourt Rey.*

Proyecto redactado por el Magistrado Auxiliar *Humberto Beltrán Achury.*

Expediente número 374. Actor: Luis Mario Duque.

Se admite y decide el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por el actor.

Objeto de alzada es el auto de 8 de febrero de 1986 admisorio de la demanda y denegatorio de la suspensión provisional, dictado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso de nulidad promovido por el señor abogado Luis Mario Duque, contra las expresiones "crear", "fusionar" y "suprimir" (cargos) del artículo 22 de la Ordenanza número 002 del 23 de octubre de 1985, expedida por la Asamblea del Departamento.

Someramente examina el Tribunal la presunta infracción del artículo 187, inciso 8º, de la Constitución Nacional, en que habría incurrido la Ordenanza al autorizar al Contralor Departamental la creación, fusión y supresión de cargos en la Contraloría, actos, según la explicación del actor, que son privativos de las Asambleas y de naturaleza indelegable, dentro de su función para organizar aquella y elegir a su titular.

Empero, no halla el Tribunal configurados los presupuestos especiales para el decreto de la medida cautelar ya que, a su juicio, haría falta ahondar en el significado y alcances del vocablo "organizar" y hacer mayores precisiones sobre el tema de la delegación de funciones, no emergiendo así ostensible la esgrimida violación.

Sustenta el actor su recurso y reafirma que en parte alguna del invocado artículo 187 se atribuye a las Asambleas el poder para delegar en el Contralor las facultades de crear, fusionar o suprimir sino que, al contrario, es de competencia de tales corporaciones "...fijar la estructura de la Contraloría, estableciendo las diferentes divisiones y secciones que deben conformarla y, como consecuencia, la creación o supresión de cargos...".

Cita el pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 27 de agosto de 1977, en un caso similar.

Consideraciones de la Sala:

Se ha dicho en repetidas ocasiones que, en acciones que tengan por finalidad la preservación del derecho objetivo basta la transgresión manifiesta de los preceptos superiores que tutelan la legalidad abstracta, para que proceda la inmediata aplicación de la medida provisoria de suspensión.

Es decir, que la flagrancia de la oposición textual se advierta, *proprio visu*, como resultado de "...una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas..." (C. C. A., 152) que esquive disertaciones en el fondo y la colación de asuntos de nudo hecho, propias del debate probatorio.

Dice, en lo pertinente, el acto acusado:

"Ordenanza número 002 de 1985

"(Octubre 23).

" 'Por la cual se establece la estructura orgánica de la Contraloría General del Departamento'.

"La Asamblea del Departamento del Valle del Cauca, en uso de las facultades que le confiere el numeral 8º del artículo 187 de la Constitución Nacional y demás normas concordantes,

"Ordena:

"*Artículo 22:* Tal y como lo establece el artículo 476 del Código Fiscal del Departamento, el Contralor General tomará las medidas necesarias para dar adecuado desarrollo a lo preceptuado en la presente Ordenanza que organiza y estructura la Contraloría, pudiendo para ello, crear, fusionar, y suprimir cargos, prescribiendo igualmente las funciones especiales que le corresponda a cada una de las dependencias y señalando las funciones de sus empleos...".

Y el precepto constitucional supuestamente quebrantado:

"*Artículo 187.* Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

. . . . . .

"8º Organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años..." (mayúsculas en el texto).

La doctrina constitucional ha reconocido a las Asambleas su misión de entidades supremas de la administración regional.

Con todo, no es aserción de carácter absoluto la de que puedan ellas, proveer, *ad libitum*, en lo que atañe al ordenamiento administrativo, pues si sus actos están subordinados a diversidad de reglas unas veces dadas por la propia Carta, otras por la ley y el reglamento y hasta por disposiciones particulares de su funcionamiento institucional, extrañaría a las mismas cualquier evento de discrecionalidad.

Por tanto, del hecho de que, como aquí se denuncia, la Asamblea entregue al Contralor seccional facultades prácticamente ilimitadas e incondicionales en cuanto concierne a la institución y eliminación de cargos, no sólo se deriva la evidente contradicción con el enunciado y contenidos de que la ordenanza "estructura y organiza la Contraloría", precisando niveles y categorías de empleos y funciones específicas, sino, *prima facie*, la virtual renuncia absoluta a prerrogativas que en el artículo 187-8 transcrito no se identifican propiamente como transferibles.

Si la creación de empleos, aún para las Asambleas, está sujeta, por razones obvias, a las urgentes necesidades del servicio y a la capacidad fiscal del respectivo departamento, ciertamente la materia se torna de derecho estricto y no es previsible, como lo supone el Tribunal, que un detallado estudio sobre el alcance de la expresión "organizar la Contraloría", o en torno de la delegación de funciones, pueda inducir conclusiones distintas de las que naturalmente fluyen de la sola lectura y cotejo de los textos comentados.

Prospera, pues, el recurso y se debe acceder a la medida cautelar impetrada, como se hará.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, revoca el numeral 1º, parte resolutiva del auto apelado y, en su lugar, dispone:

Suspéndese provisionalmente la frase *"pudiendo para ello, crear, fusionar y suprimir cargos"*, contenida en el artículo 22 de la Ordenanza número 002 de fecha 23 de octubre de 1985, expedida por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca.

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, trece de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

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

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSION PROVISIONAL Y NULIDAD (Suspensión provisional. Confirmación).—

Facultades del juez en la declaración. Excepción: Lo que no podría pedirse es que se suspendan disposiciones del acto que no han sido objeto de la pretensión de nulidad.

CONTRALORIAS. GASTOS. Límites (Ley 6ª de 1958).

Suspensión provisional (Confirmación) del Capítulo I de la Ordenanza número 09 de 1985, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., nueve de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Proyectó: Doctora *Myriam Guerrero de Escobar,* Magistrada Auxiliar.

Referencia: Proceso número 570. Actor: José Félix Turbay Turbay.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora señor Arturo Facio Lince López contra el auto de 28 de mayo de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto decretó la suspensión provisional del Capítulo I de la Ordenanza número 09 de 1985 expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar.

Antecedentes:

A. La solicitud de suspenssión provisional

En el escrito de demanda (fl. 4) el actor impetró la suspensión provisional del acto impugnado en ejercicio de la acción de simple nulidad, que lo es la Ordenanza número 09 de 15 de noviembre de 1985 "sobre presupuesto de rentas e ingresos y presupuesto de gastos para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 1986" del Departamento de Bolívar, proferida por la Asamblea de dicha entidad territorial, fundamentándola en los planteamientos que se resumen así:

a) El artículo 6º de la Ley 6ª de 1958 limitó los gastos totales de las Contralorías Departamentales al 2% del respectivo presupuesto Departamental;

b) La Ordenanza acusada aumentó ilegalmente el presupuesto de la Contraloría Departamental de Bolívar, al rebasar el porcentaje antes mencionado.

B. El auto recurrido

El Tribunal Administrativo de Bolívar en auto de 28 de mayo de 1986 resolvió admitir la demanda y suspender provisionalmente el Capítulo I de la Ordenanza número 09 de 1985 "sobre presupuesto de rentas e ingresos y de apropiaciones del Departamento para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 1986" expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar.

Aduce el Tribunal en sustento de la suspensión provisional decretada, lo siguiente:

a) La Ordenanza número 09 de 15 de noviembre de 1985, publicada en la Gaceta Departamental allegada al expediente, fijó el Presupuesto de Rentas e Ingresos del Departamento de Bolívar para la vigencia fiscal de 1986 en la suma de dos mil ochocientos cuarenta y nueve millones setecientos noventa y nueve mil ochocientos ochenta y nueve pesos ($ 2.849.799.899.oo);

b) En el Capítulo I de la citada Ordenanza se aprobó un presupuesto total para la Contraloría General del Departamento por la suma de doscientos cuatro millones ciento noventa y cinco mil ochocientos setenta y nueve pesos ($$ 204.195.879.oo);

c) El artículo 6º de la Ley 6ª de 1958 dispone:

> "Artículo 6. Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no podrá exceder, en ningún caso, y para cada Departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos";

d) La operación aritmética resultante de dividir $ 2.840.799.889.oo por el 2% arroja un resultado de $ 56.995.997.78, lo que implica que el acto acusado violó la norma antes citada al excederse en ciento cuarenta y siete millones ciento noventa y nueve mil ochocientos ochenta y un pesos con veintidós centavos, violación que aparece clara u ostensible como lo exige el artículo 152 del Decreto 01 de 1984 para que proceda la suspensión provisional en lo que respecta al Capítulo I de la norma impugnada sobre la cual se alegó y demostró subvertirse el orden jurídico establecido (fls. 226 a 235).

C. El recurso de apelación

La parte impugnadora reconocida como tal en el proceso interpuso recurso de apelación contra el auto antes mencionado en cuanto en él se decretó la suspensión provisional de la parte de la Ordenanza número 09 de 1985 referente al Presupuesto de la Contraloría Departamental de Bolívar para la vigencia fiscal de 1986, argumentando en síntesis lo siguiente:

a) En el contencioso de anulación puede demandarse la nulidad del acto total o parcialmente, de uno o más artículos, de una frase o de una palabra, pero el Juez Administrativo debe decidir dentro del marco que le fije la demanda y no podrá por tanto decretar la nulidad parcial de un acto cuando se le ha pedido la nulidad de la totalidad del mismo. De la misma manera no se puede decretar la suspensión provisional parcial, en este caso de la Ordenanza número 09 de 1985, cuando la demanda pide la suspensión provisional de la integridad;

b) Si es necesario hacer una operación aritmética para determinar si hay violación legal, no puede afirmarse que ésta sea manifiesta y por tanto no procede la suspensión provisional (fls. 242 y 243).

Consideraciones:

I. Como bien lo anota el recurrente es factible demandar la declaratoria de nulidad total o parcial de un acto administrativo.

De la misma manera al solicitarse la suspensión provisional podrá pedirse que ella abarque la totalidad o solamente parte del acto. Lo que no podría pedirse es que se suspendan disposiciones del acto que no han sido objeto de la pretensión de nulidad.

II. No acierta el recurrente cuando afirma que si se demanda la totalidad de un acto y se pide la suspensión provisional integral del mismo, el juez no puede declararlo parcialmente nulo y suspenderlo provisionalmente sólo en parte, en otras palabras suspender y luego declarar ilegales solamente algunos de sus artículos o disposiciones y no hacerlo respecto de otras normas contenidas en el mismo acto. Aunque se pida la suspensión provisional de la totalidad de un acto, que es el punto que el recurrente discute frente al auto impugnado, bien puede el juez decretarla solamente para aquellas disposiciones respecto de las cuales se reúnan los requisitos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y denegarla para aquellas otras que no los llenen.

III. El artículo 152, inciso segundo del Código Contencioso Administrativo, exige como presupuesto para la procedencia del decreto de suspensión provisional en tratándose de la acción de simple nulidad, a más de que se solicite la medida y sustente de modo expreso en la demanda, o en escrito separado antes de dictarse el auto admisorio de ésta y que no esté prohibida por la ley, requisitos que se llenan en el caso *sub júdice*, "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".

En el caso de autos se invoca como norma violada el artículo 6º de la Ley 6ª de 25 de septiembre de 1958 únicamente aplicable al Capítulo que en el respectivo presupuesto de cada Departamento establezca la apropiación para cubrir los gastos totales de las respectivas Contralorías Departamentales, razón para que el análisis del cargo formulado deba contraerse al examen de lo previsto en el Capítulo I de la Ordenanza número 09 de 1985 en el cual se regula precisamente la apropiación para gastos generales de la Contraloría Departamental de Bolívar en la vigencia fiscal de 1986, para luego concluir si en efecto hubo o no violación de la norma invocada, debiendo desecharse tal cargo en lo que respecta a los Capítulos y Partes distintos de la mencionada Ordenanza, como en efecto lo hizo el Tribunal en la parte Considerativa del auto recurrido.

IV. El hecho de que, como en el caso *sub lite*, el examen del cargo formulado implique efectuar una operación aritmética para de su resultado concluir si hubo o no violación de la norma superior invocada, no significa que tal violación no pueda ser manifiesta, como lo pretende el recurrente, máxime cuando como en el caso *sub exámine*,

la norma superior que se dice infringida —artículo 6º de la Ley 6ª de 1958—, tiene un contenido que solamente puede precisarse o desentrañarse en su cumplimiento o infracción para cada caso precisamente a través de una operación matemática, cual es la de sacar el 2% al presupuesto del respectivo Departamento para concluir si la partida asignada en el mismo para gastos totales de la respectiva Contraloría Departamental excede o no de ese 2%.

V. Comparte la Sala las apreciaciones del Tribunal que lo llevaron a decretar la suspensión provisional del Capítulo I —Apropiaciones— de la Ordenanza número 09 de 15 de noviembre de 1985 por exceder el presupuesto para gastos totales de la Contraloría Departamental de Bolívar del 2% del presupuesto de este Departamento en la vigencia fiscal de 1986 con violación del artículo 6º de la Ley 6ª de 1958, la que surge de bulto, *prima facie*, ostensiblemente, por lo cual habrá de confirmarse el auto recurrido.

VI. Considera conveniente la Sala llamar la atención del Tribunal sobre la necesidad de impartir y observar el debido orden en la tramitación de los procesos, ya que en el caso de autos sin haber culminado las diligencias notificatorias del auto de 28 de mayo de 1986 (fl 235 vto.), la Secretaría pasó el expediente al Despacho para decidir sobre reconocimiento de personería adjetiva al señor apoderado del Departamento y del carácter de impugnadores a quienes concurrieron como tales y en efecto se decidió sobre ello en auto de 8 de julio de 1986 y una vez notificado éste, sí se pasó a culminar la notificación por estado el día 9 de julio de 1986 del primero de los autos citados.

Tal desorden incide en forma por demás negativa en la rápida y fácil comprehensión y decisión de los asuntos sobre los cuales deba pronunciarse el juzgador e induce a las partes a la comisión de errores sobre todo en lo que mira al cómputo de los términos procesales.

En mérito de lo expuesto, se

Resuelve:

Confírmase el auto de 28 de mayo de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar en cuanto decretó la suspensión provisional del Capítulo I de la Ordenanza número 09 de 1985, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de ocho (8) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Guillermo Benavides Melo, Joaquín Camacho P., Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CATASTRO. FORMACION Y CONSERVACION (Suspensión provisional).—

(Ley 14 de 1983. Art. 4º. Decreto 3496 de 1983. Art. 8º).

Para formar y conservar el catastro, las entidades administrativas encargadas de ello, en este caso el Instituto Agustín Codazzi, deben someterse a un trámite determinado y sujetarse a la clasificación que establezca el Gobierno, por categorías de precios para terrenos y edificaciones sin que sea posible admitir que esta labor la cumpla aquel establecimiento público de manera autónoma y en sustitución del Presidente y el Ministro del ramo en ejercicio de competencia que de manera expresa y excluyente atribuye la ley al Gobierno así integrado, o que dicha autoridad administrativa pueda proceder a la formación del catastro con procedencia o con antelación a la actuación gubernativa.

Suspéndese provisionalmente los efectos de las Resoluciones 25-000-0036-84 de 28 de diciembre de 1984 y 25-000-0027-85 de 6 de noviembre de 1985, expedidas por el Jefe de la Oficina Seccional de Catastro y mediante las cuales se ordenó la inscripción de predios rurales en el Municipio de Tocancipá, Departamento de Cundinamarca, y se ratificó tal determinación, perso sólo en relación con el predio rural denominado "San Clemente", identificado con el número catastral 00-00-002-0003-000 ubicado en la vereda El Porvenir, Municipio de Tocancipá, Departamento de Cundinamarca, propiedad de María Teresa García de García, identificada con la cédula de ciudadanía número 20.045.210.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 437. Actor: María Teresa García de García.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 28 de enero de 1986, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de la referencia y en cuanto negó la suspensión provisional de los actos acusados.

La señora María Teresa de García demandó, por intermedio de apoderado debidamente reconocido, simultáneamente con la demanda,

admitida, la suspensión provisional de las Resoluciones números 25-000-0036-84 de 1984 y 25-000-0027-85 de 1985, proferida por el Director Jefe de la Oficina Seccional del Catastro de Cundinamarca. Mediante la primera fue ordenada la inscripción en el catastro de todos los predios urbanos y rurales del municipio de Tocancipá, con vigencia a partir del primero de enero de 1985. Dentro de tales predios se encuentra el denominado "San Clemente", propiedad de la actora, según aparece del certificado 1852 expedido por la mismo Oficina Seccional (fl. 48). Mediante la segunda, fue negado el recurso de reposición interpuesto contra la inicial.

La suspensión provisional, como la demanda, se refieren solamente a la parte de las resoluciones que señalan el avalúo catastral del predio "San Clemente", y para solicitar aquella, dice la parte demandante:

"... solicito respetuosamente la suspensión provisional de los actos administrativos acusados por las siguientes razones:

"1. Existen manifiestas violaciones de normas superiores de derecho, que se pueden percibir a través de la confrontación o sencilla comparación entre las normas invocadas como quebrantadas y las resoluciones acusadas como se puede ver en el punto V de la demanda".

A renglón seguido alega la existencia evidente de perjuicios económicos, originados en la variación súbita y cuantiosa del avalúo correspondiente al predio relacionado anteriormente.

El Tribunal, para negar la suspensión dijo: "Pues bien, de lo anteriormente transcrito puede concluirse que la petición de la medida de suspensión no se halla sustentada de modo expreso tal y como lo ordena el inciso 3º del artículo 152 del Decreto 01 de 1984, pues se limita a remitirse a los cargos de violación de la demanda.

"La sustentación de la medida debe ser expresa, lo cual quiere decir que tal sustentación debe hacerse en forma separada de la correspondiente a la propia demanda, ya sea en escrito separado o dentro de la misma demanda.

"Ello quiere decir que al solicitarse la suspensión provisional no basta una remisión a los cargos de violación y argumentos expuestos en la demanda de nulidad como sucede en el presente caso".

Durante la segunda instancia, y luego de sustentar el recurso, la demandante limitó la acusación, para los solos efectos de la suspensión provisional, al cargo tercero de la demanda.

Consideraciones:

Si bien es cierto que en principio tiene razón el Tribunal cuando afirma que no basta la simple remisión al texto de la demanda para entender que se han satisfecho las exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, y así lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal afirmación no puede predicarse de manera tan rotunda que haga necesaria la inserción de las razones expuestas en el cuerpo de la demanda misma, para aceptar que fue cumplida la exigencia del texto legal que impone el deber de

sustentar de modo expreso la medida cautelar. Porque en verdad, tanto da referirse de manera categórica a los argumentos contenidos en el capítulo sobre los fundamentos de derecho e indicación de las normas violadas con explicación del concepto de la violación (C. C. A., art. 152, numeral 4), como insertar nuevamente estos en la parte correspondiente a la solicitud de suspensión provisional. Lo cierto es que la necesaria formalidad que el severo procedimiento supone, no puede extremarse hasta el punto de desechar de plano una argumentación porque, existiendo en el cuerpo de la demanda, no aparezca copiada en otro lugar. Este aspecto puramente mecánico no puede confundirse con el rigorismo procedimental ni con el deber de respetar estrictamente las formas propias de cada juicio, según pide el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En el caso materia de esta providencia, el actor indica con claridad cómo sus razones para pedir la medida cautelar son exactamente las mismas que expuso en el Capítulo V de la demanda principal (si así pudiera decirse), lo cual quiere decir que en el acápite destinado a pedir la suspensión provisional de los actos acusados se encuentran reproducidos los motivos y causas de la solicitud. Tiene razón el apoderado cuando afirma que de no entenderse así la cuestión, habría que concluir diciendo que sólo la reproducción o fotocopia del texto ya presentado, puede servir de base al estudio del problema, sin que el juez pueda, porque le está vedado, leer siquiera, para decidir sobre la suspensión, lo dicho en el cuerpo de la demanda. Evidentemente, no es tal el sentido de la ley, y por ello procede el examen de las normas que se dicen manifiestamente contrarias a otras de mayor jerarquía.

El examen que se anuncia anteriormente, por virtud de la restricción acusatoria que de manera expresa hizo al demandante durante la segunda instancia, se limitará al Cargo Tercero, según el cual, las Resoluciones acusadas resultan ser ostensiblemente violatorias de los artículos 4º de la Ley 14 de 1983 y 8º del Decreto reglamentario 3496 del mismo año. Dicen estas normas:

"Ley 14 de 1983, artículo 4º. A partir del 1º de enero de 1984 para los fines de la formación y conservación del catastro, el avalúo de cada predio se determinará por la adición de los avalúos parciales practicados independientemente para los terrenos y para las edificaciones en él comprendidos.

"Los terrenos y las edificaciones, o las fracciones de área de unos y de otros, en el caso que no fueren del todo homogéneos respecto a su precio, se clasificarán de acuerdo con las categorías de precios que defina el Gobierno Nacional en todo el país".

"Decreto 3496 de 1983, artículo 8º. Avalúo de la Formación. El avalúo de la formación catastral se obtendrá para zonas homogéneas geoeconómicas teniendo en cuenta los valores unitarios que las autoridades catastrales determinen para edificaciones y terrenos, los cuales se clasificarán dentro de las categorías de precios unitarios que establezca el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

La lectura de los textos anteriores demuestra que para formar y conservar el catastro, las entidades administrativas encargadas de ello, en este caso el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, deben someterse a un trámite determinado y sujetarse también a la clasificación que establezca el Gobierno, por categorías de precios para terrenos y edificaciones sin que sea posible admitir que esta labor la cumpla aquel establecimiento público de manera autónoma y en sustitución del Presidente y el Ministro del Ramo en ejercicio de competencias que de manera expresa y excluyente atribuye la ley al Gobierno así integrado, o que dicha autoridad administrativa pueda proceder a la formación del catastro con prescindencia o con antelación a la actuación gubernamental, que fue precisamente lo que ocurrió con los actos administrativos acusados, cuya lectura constituye la demostración palmaria del ejercicio de una atribución que no corresponde al Instituto Geográfico.

En efecto, en los Considerandos de la Resolución número 25-000-0036-84 se dice que la Oficina Seccional de Cundinamarca dispuso el levantamiento del catastro del municipio de Tocancipá y que por Resolución número 25-000-020-84 el mismo Despacho (la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca) aprobó el estudio de las zonas homogéneas geoeconómicas, el valor de los tipos de edificaciones, se ordenó la liquidación de los avalúos y la elaboración de listas de propietarios o poseedores del mismo municipio. Y ya se ha visto cómo la función destinada a la formación del catastro requiere, previamente, la intervención del Gobierno.

Pero la transgresión de la norma de mayor categoría aparece más clara si se observa cómo en la Resolución número 25-000-0027-85 por medio de la cual fue resuelto el recurso que interpuso contra la 0036-84 la hoy parte actora, la Oficina Seccional del Catastro afirma la oportunidad del ejercicio de su competencia, diciendo: "En desarrollo del mandato consignado en el artículo 4º (inciso 2º), de la Ley 14 de 1983, la Resolución número 660 de 1984 emanada del Instituto Geográfico, señalan los procedimientos a seguir para la determinación de: a) Zonas homogéneas físicas (de acuerdo a la clasificación de las tierras), entendiéndose por tales las áreas geográficas de una región con características similares en cuanto a suelos, aguas, pendientes, pisos términos, vías, uso, destino económico y otras variables; b) Zonas homogéneas geoeconómicas, o sea, el proceso para establecer, con base en puntos de investigación económica dentro de las zonas homogéneas físicas, el valor de mercado para los terrenos ubicados en ellas; c) Valores unitarios para edificaciones. Todo este proceso tuvo cabal cumplimiento dentro de los trabajos del Catastro adelantados en Tocancipá, según documentos de archivo y Resolución número 25-000-020-84 (diciembre 26), aprobatoria del estudio de zonas homogéneas geoeconómicas y valor de los tipos de edificaciones de dicho municipio" (folio 53).

Se echa de menos en la transcripción anterior el antecedente de la función básica que debió cumplir el Gobierno Nacional, según se ha visto. Pero lo que demuestra que ese antecedente no existió, es el Decreto 90 de 1986 (enero 10) "por el cual se fijan las categorías de precios para los terrenos y las construcciones", que constituye la medida necesaria del Gobierno y que debe ser expedida con antelación

a la formación del catastro. Como los actos administrativos son anteriores a este requisito indispensable, evidentemente resultan de manera ostensible, contrarios a la Ley 14, artículo 4º, y al Decreto 3496, artículo 8º ambos de 1983, por lo cual se impone adoptar la medida cautelar de la suspensión provisional.

Por otra parte, debe entenderse sumariamente probado el perjuicio que podría sufrir el actor con la aplicación de la norma que ha de suspenderse, demostración que resulta del examen del certificado que obra a folio 48 del expediente, certificado a través del cual el Jefe de la Oficina delegada de catastro de Zipaquirá señala cómo el avalúo del predio "San Clemente", al cual se refiere la demanda, era a 31 de diciembre de 1984 de $ 7.701.000.oo, mientras que el 1º de enero de 1985, este avalúo fue elevado a la suma de $ 16.576.000.oo, precisamente por virtud de las Resoluciones materia del proceso. Es evidente, entonces, que el aumento del predio o avalúo en los términos anotados, se proyecta por lo menos sobre los impuestos que ha de pagar la propietaria del inmueble, con afectación de su patrimonio.

Por las razones expuestas, la Sala

Resuelve:

Primero. Revocar el numeral 2º del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de enero de 1986.

Segundo. Suspender los efectos de las Resoluciones números 25-000-0036-84 de 28 de diciembre de 1984 y 25-000-0027-85 de 6 de noviembre de 1985, expedidas por el Jefe de la Oficina Seccional de Catastro y mediante las cuales se ordenó la inscripción de los predios rurales en el municipio de Tocancipá, departamento de Cundinamarca, y se ratificó tal determinación, pero sólo en relación con el predio rural denominado "San Clemente", identificado con el número catastral 00-00-002-0003-000, ubicado en la vereda El Porvenir, municipio de Tocancipá, Departamento de Cundinamarca; propiedad de María Teresa García de García, identificada con la cédula de ciudadanía número 20.045.210.

Notifíquese. Devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

EMPLEOS NACIONALES. ESCALAS DE REMUNERACION.— (Suspensión provisional).

Sólo el legislador ORDINARIO O EXTRAORDINARIO puede fijarlas.

Suspéndese provisionalmente, los efectos de la Resolución número 123 del 8 de noviembre de 1985, del Consejo Superior de la Universidad del Cauca.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 2550. Autoridades Departamentales.

Actor: Luis Andrade Ríos.

El demandante Luis Andrade Ríos, solicita se suspendan provisionalmente los efectos de la Resolución número 123 del 18 de noviembre de 1985, proferida por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca, por medio de la cual se fijó una sobreremuneración a Gladys Agudelo de Valencia "por el desempeño de las funciones de Asesoría y Supervisión de los asuntos jurídicos de la Oficina de Reconstrucción".

Al respecto sostiene que la simple lectura de dicha Resolución comparándola con el artículo 76, numeral 9º de la Constitución Política, "demuestra su inconstitucionalidad...dada la notoria y evidente incompetencia para su expedición".

Para resolver se considera:

El inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, tratándose de la acción de nulidad, exige para que sea procedente suspender los efectos de un acto administrativo, 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.

En el caso que se estudia, evidentemente la violación del precepto constitucional arriba indicado es ostensible, pues sólo el legislador, ordinario o extraordinario, puede fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de los empleos nacionales, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

El Consejo Superior de la Universidad del Cauca, carecía y carece de facultad para la fijación de remuneraciones o sobreremuneraciones

a sus empleados públicos, como lo es quien desempeña el cargo de Asesor Jurídico en dicho establecimiento público.

Consecuentemente, se dispondrá la suspensión provisional del acto acusado, fuera de que como la demanda reúne los requisitos legales se admitirá.

En mérito de lo dicho, se dispone:

1º Admítese la demanda presentada por Luis Andrade Ríos.

2º Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, al Rector de la Universidad del Cauca y a Gladys Agudelo de Valencia. Para las dos últimas notificaciones se comisiona al Tribunal Administrativo del Cauca, por el término de 30 días. Líbrese el oficio respectivo con los anexos del caso.

3º Fíjese en lista por el término de 10 días para los efectos del artículo 207,3 del Código Contencioso Administrativo.

4º Solicítese a la Universidad del Cauca los antecedentes administrativos del acto acusado.

5º Suspéndese, provisionalmente, los efectos de la Resolución número 123 del 18 de noviembre de 1985, del Consejo Superior de la Universidad del Cauca.

Cópiese, notifíquese, comuníquese la suspensión provisional y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL
ACTOS DE LOS ALCALDES

ESTIPULACIONES CONTRACTUALES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. INCUMPLIMIENTO (Nulidad).—

Si en el homenaje al cumplimiento de sus deberes consideran que las ESTIPULACIONES CONTRACTUALES en que tiene interés el ente que administran, NO SE HAN CUMPLIDO, deben DEMANDAR DE LA AUTORIDAD JUDICIAL CORRESPONDIENTE EL PRONUNCIAMIENTO RESPECTIVO.

PACTO COMISORIO. COMPRAVENTA (Art. 1937 del C. C.). Concepto de pacto comisorio. El pacto comisorio opera en la compraventa; TITULOS TRASLATICIOS DE DOMINIO. Artículo 745 del Código Civil. DONACIONES ENTRE VIVOS. Artículo 1443 del Código Civil. CONTRADICCIONES. Evidencia. Doctrina de Carlos Cossio. ADMINISTRACION, INTERVENCION PARA ANTE LOS CIUDADANOS. ESTADO DE DERECHO. Límites impuestos a la actuación de la Administración. La ARBITRARIEDAD le está vedada. DAÑO. DEFINICION.

Decrétase la nulidad de la Resolución número 599 de 22 de mayo de 1981, expedida por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, por medio de la cual dispuso "...revertir al patrimonio del Distrito Especial de Bogotá, como bien de uso público el globo de terreno situado en el Bosque Popular...".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 4573. Apelación Sentencia. Actor: Central de Juventudes. Demandado: Distrito Especial de Bogotá.

I

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día seis (6) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), dentro del proceso del rubro, que denegó las súplicas de la demanda por las razones de naturaleza jurídica que en ella se precisan.

El proceso fue reconstruido a la luz de lo preceptuado en el Decreto 3825 de veintisiete (27) de diciembre de mil novecientos ochenta

y cinco (1985), habiendo recibido la apelación el trámite indicado en la ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente de la providencia impugnada. En ella se lee:

"La entidad 'Central de Juventudes' mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del antiguo Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación haga las siguientes,

"Declaraciones:

"Primera: Que es nula la Resolución número 599 del 22 de mayo de 1981, expedida por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, D. E., y 'por la cual se revierte un globo de terreno al Distrito Especial de Bogotá'; y

"Segunda: Que, como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho vulnerado, se diga:

"a) Que la Central de Juventudes ha cumplido con las obligaciones que le impuso el Acuerdo número 32 de 1961 del Concejo de Bogotá, D. E., y por lo tanto continúa con el derecho pleno de dominio y posesión del globo de terreno cuya reversión se ordenó por la Resolución impugnada, y,

"b) Que el Distrito Especial de Bogotá deberá pagar a la Central de Juventudes, dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, el valor de los perjuicios de todo orden (material y moral) debidamente actualizados, ocasionados con la expedición y ejecución de la Resolución 599 de 1981 y que resulten acreditados dentro del proceso o en el respectivo incidente de ejecución".

"Hechos:

"Los relata el señor apoderado así:

"1. Mi representada es una institución de utilidad común, sin ánimo de lucro, originariamente denominada 'Central Católica de Juventudes', con personería jurídica reconocida por Resolución número 2061 de 1958 del Ministerio de Justicia, y cuyo nombre cambió posteriormente por el de Central de Juventudes según Resolución número 4240 de 1967 del mismo Ministerio.

"2. El Concejo de Bogotá, por Acuerdo número 32 de 1961, cedió a favor de mi representada 'el lote de terreno de propiedad del Distrito situado en el Bosque Popular, con una extensión aproximada de diecisiete hectáreas (17 hectáreas) que se identifica con los siguientes linderos: Por el Oriente, en longitud de trescientos sesenta y siete metros (367 mts.) con la zona de la futura carrera 57; por el Norte, en longitud aproximada de 472 metros con terrenos del Bosque Popular; por el Occidente, en extensión de 347 metros con terrenos que fueron del Bosque Popular; y por el Sur, en longitud aproximada de 492 metros, también con terrenos del Bosque Popular' (art. 1º).

"3. Así mismo el citado acuerdo autorizó al Personero Distrital para otorgar la escritura pública correspondiente, con las siguientes

condiciones: a) Que el inmueble se destinará exclusivamente a la construcción de una ciudadela deportiva, en beneficio de la juventud del Distrito, y b) Que mi mandante se obligará a construir los campos de deportes previstos, dentro del plazo máximo de un año contado a partir de la sanción del acuerdo (art. 2º). Y se dispuso que la Secretaría de Educación del Distrito 'verificara el cumplimiento estricto de las disposiciones del presente acuerdo' (art. 3º).

"4. En ejercicio de la autorización que le había sido conferida, el Personero Distrital, mediante la escritura pública número tres mil novecientos veintiséis (3.926) del 1º de diciembre de 1961 otorgada en la Notaría 9ª de Bogotá, transfirió 'a título de cesión gratuita en favor de la entidad denominada Central Católica de Juventudes el derecho de dominio y la posesión que el Distrito Especial de Bogotá, tenía sobre el globo de terreno a que se refirió el Acuero 32 de 1961'.

"5. Mi representada, con el objeto de dar cumplimiento a las exigencias del Acuerdo 32, procedió a construir campos de deporte tales como canchas, de fútbol, basquetbol, voleybol, etc., para destinarlos exclusivamente, como en efecto lo hizo, al beneficio de la juventud del Distrito, así como también una edificación de un solo piso con un salón múltiple para juegos de salón y actividades deportivas bajo techo; baños y camerinos para deportistas.

"6. La Ciudadela Deportiva Cardenal Luque —que tal fue el nombre que se le asignó— viene funcionando en forma ininterrumpida y eficaz desde el año de 1961, y en ella se organizan permanentemente campeonatos en casi todos los deportes y con participación de equipos juveniles integrados por gentes pertenecientes a las clases populares y de escasos recursos económicos.

"7. Por Resolución número 1064 de 1964 la Junta Distrital de Hacienda exoneró el lote 'donde está funcionando la ciudadela deportiva Cardenal Luque de los impuestos predial y complementarios' a partir del 1º de diciembre de 1961, y mediante Resolución número 1187 de 1967 la misma Junta ratificó la exención teniendo como fundamento, entre otros, los siguientes considerandos:

"2º Manifiesta el memorialista que, por Resolución número 1064 del 6 de noviembre de 1964, la Junta Distrital de Hacienda decretó la exención del impuesto predial y complementarios, a partir del 1º de diciembre de 1961 para el predio citado anteriormente.

"Como quiera que el Acuerdo 16 de 1966 dispuso que las personas beneficiadas con la exención debían comprobar ante la Junta Distrital de Hacienda que seguían cumpliendo con las finalidades que dieron origen a la exención es por lo que se solicita que por intermedio de la División de Catastro Distrital se realice tal comprobación de que la Central Católica de Juventudes continúa cumpliendo con los objetivos que dieron origen al acto, a fin de proferir la ratificación correspondiente.

"3º Que, según informe proveniente de la División de Catastro Distrital, el predio materia de la solicitud continúa cumpliendo con los fines que dieron origen a la exención, por cuanto se encuentra destinado para campos de deporte, fútbol, basquetbol, voleybol, etc. con-

diciones específicas establecidas por el Acuerdo 32 de 1961 al realizarse la cesión del predio por parte del Distrito Especial de Bogotá.

"8. La Secretaría de Educación del Distrito, entidad encargada de vigilar el cumplimiento de las obligaciones de mi representada por disposición expresa del mismo Acuerdo número 32 de 1961, visitó y vista periódicamente las instalaciones de la ciudadela deportiva hasta el punto de que con fecha 6 de septiembre de 1968 expidió constancia según la cual la Central de Juventudes '*cumple estrictamente* con lo dispuesto con el Acuerdo número 32 de 1961 (junio 6), emanado del honorable Concejo de Bogotá' (El subrayado es del actor).

"9. El mismo Alcalde Mayor de Bogotá, en ese entonces el doctor Carlos Albán Holguín, en nota fechada el 3 de enero de 1973 y dirigida al R. Padre Luis M. Fernández, Secretario Ejecutivo de la Central de Juventudes manifestó su complacencia por la labor que la Central había venido desarrollando, así como por los planes y proyectos trazados por ella para el beneficio de las comunidades obreras de la ciudad.

"10. A pesar de lo anterior, es decir, que mi representada se ha ajustado y se ajusta estrictamente a las disposiciones del acuerdo tantas veces mencionados —según lo reconocen las mismas autoridades distritales como acaba de verse—, el cual Alcalde Mayor doctor Hernando Durán Dussán, ordena mediante la Resolución que acuso la reversión al Distrito del lote cedido a la Central de Juventudes.

"11. La Resolución número 599 fue expedida el 22 de mayo de 1981 pero ella no fue notificada personalmente al representante legal de la Central de Juventudes, como perentoriamente lo ordena el artículo 10 del Decreto-ley 2733 de 1959, sino apenas publicado en el Registro Distrital número 331 del 20 de enero de 1982, es decir casi ocho (8) meses después de su expedición.

"12. No obstante la anterior irregularidad, la Alcaldía Mayor, por conducto de la Procuraduría de Bienes del Distrito, inició la querella policiva tendiente al cumplimiento de la mencionada Resolución ante la Alcaldía Menor de Engativá, por lo cual mi representada se enteró de la existencia de dicha Resolución e inmediatamente interpuso contra ella recurso de reposición con fecha 31 de marzo de 1982, haciendo la advertencia expresa de que se daba por notificada en ese momento, conducta ésta autorizada por el artículo 12 del Decreto-ley 2733 de 1959, y,

"13. Como tal recurso no ha sido resuelto hasta ahora, me acojo al silencio administrativo contemplado por el parágrafo del artículo '18 del Decreto-ley 2733 tantas veces citado, como factor de agotamiento de la vía gubernativa".

"*Disposiciones violadas y conceptos de la violación:*

"Cita las siguientes: Artículos 192, 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional; 699 y siguientes del Código Civil; y 10, 11 y 12 del Decreto-ley 2733 de 1959 cuyo concepto de la transgresión aparece en el capítulo correspondientes, visible a folios 6 y 7 del expediente.

"El Distrito Especial de Bogotá se hizo presente mediante apoderada debidamente reconocida.

"Alegatos de conclusión:

"Se encuentran a folios 301 a 313 del expediente.

"Concepto del Fiscal Tercero de la Corporación

"Doctora Norella Rossi de Mazzilli

"La señora Fiscal hace un cuidadoso estudio y finalmente su decisión es favorable a las súplicas de la demanda.

"No habiendo causal que pueda invalidar la actuación, procede la Sala seguidamente a emitir sentencia, previas las siguientes,

"Consideraciones:

"El Acuerdo número 32 de 1961, por el cual se cede un lote de terreno, expedido por el Concejo de Bogotá, D. E., por medio de su artículo *"primero"* declara que: *'Cédese* a favor de la Central Católica de Juventudes, el lote de terreno de propiedad del Distrito, situado en el Bosque Popular, con una extensión aproximada de 17 hectáreas', identificado debidamente por sus linderos.

"Por medio del mismo acto administrativo, en su artículo *'segundo'*, se autoriza al Personero de Bogotá para que otorgue 'la correspondiente escritura de cesión', y establece una condición resolutoria que de tener ocurrencia producirá el efecto de que 'el inmueble, junto con las mejoras que en él hubiere, revertirá al Distrito', lo que se hace expreso así:

"*Artículo segundo.* Autorízase al Personero para que otorgue la correspondiente escritura de cesión a favor de la citada entidad:

"a) El inmueble se destinará exclusivamente a la construcción de una ciudadela deportiva, en beneficio de la juventud del Distrito y no podrá ser enajenado ni dedicado a fines distintos a los deportivos;

"b) La Central de Juventudes se obliga a construir los campos para deportes, previstos dentro del plazo máximo de un año, contado a partir de la sanción de este Acuerdo, y

"c) En caso de incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en los literales anteriores, o en caso de disolución y liquidación de la Central Católica de Juventudes, el inmueble, junto con las mejoras que en él hubiere, revertirá al Distrito, quien lo destinará a las mismas finalidades deportivas".

"En acatamiento del aludido Acuerdo Distrital, se otorgó la Escritura Pública número 3926 de fecha 1º de diciembre de 1961 (fl. 31), de la Notaría Novena de Bogotá, que contiene la 'Cesión del Distrito Especial de Bogotá a Central Católica de Juventudes'. En este instrumento público las partes contratantes sujetándose al Acuerdo citado estipularon la condición, si llegare el caso, a que el inmueble cedido *'revertirá al Distrito'*, en estos términos (fl. 32 vto.):

"*Tercero.* Que la cesión anterior se hace con destino a la construcción de una ciudadela deportiva en beneficio de la juventud del Distrito Especial de Bogotá.

"*Cuarto.* Que en caso de incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo segundo (2º) del Acuerdo número treinta y dos (32) de mil novecientos sesenta y uno (1961) o de enajenación a particulares, la propiedad del inmueble revertirá al Distrito Especial de Bogotá, junto con las mejoras en él existentes".

"En la cláusula *'segunda'* de la citada Escritura Pública se deja expreso testimonios de que la Central Católica de Juventudes, recibió real y materialmente el inmueble, como consta en Acta de entrega número 29 de febrero 2 de 1961 (fl. 33).

"Así las cosas, el Alcalde Mayor de Bogotá por los motivos expuestos en los considerandos expidió la Resolución número 599 de 1981, por la cual se revierte un lote de terreno al Distrito Especial de Bogotá, lo que, se decide en el artículo 1º de este acto administrativo (Registro Distrital, número 331 de 1981, folio 26 vuelto del expediente).

"La Central Católica de Juventudes, por medio de apoderado, ha pedido en su demanda que se anule la Resolución número 599 de 22 de mayo de 1981, expedida por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, por la cual se revierte un globo de terreno, debidamente identificado y alinderado; y que como consecuencia de la anulación se restablezca el derecho vulnerado declarando que la demandante ha cumplido con las obligaciones impuestas y asumidas y debe continuar con el derecho pleno de dominio y posesión del predio revertido. De igual manera pide el actor que se declare que el Distrito Especial deberá pagar a la demandante 'el valor de los perjuicios de todo orden ocasionados por la expedición y ejecución del acto acusado'.

"La actora le hace al acto acusado los siguientes cargos:

"*Primer cargo:* Violación del artículo 192 de la Constitución que reconoce que Acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En su concepto este Acuerdo fue quebrantado toda vez que contra lo dispuesto en él se expidió la Resolución acusada 'en franca rebeldía contra las disposiciones del Acuerdo 32 de 1961', disponiendo arbitrariamente la *reversión* del lote de terreno cedido al actor (fl. 6 del expediente).

"La representante de la parte demandada, manifiesta que está de acuerdo y se identifica con lo expuesto por el actor en el sentido de que el Acuerdo acusado está vigente y por estarlo fue que se dictó con base en sus disposiciones 'la Resolución número 599 de mayo 22 de 1981, por el señor Alcalde Mayor de la ciudad' (fls. 305 y 306).

"Evidentemente, no hay comprobación en el proceso de que la Alcaldía haya desconocido la vigencia del Acuerdo citado, por lo cual en este aspecto no se ha dado prueba de violación del artículo 192 de la Constitución con el acto acusado, ya que el Alcalde Mayor lo considera obligatorio y en la interpretación que le ha dado funda la decisión del acto acusado.

"*Segundo cargo:* Transgresión del artículo 16 de la Constitución Nacional que establece la razón de ser de las autoridades declarando que 'están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes...' El actor fundamenta el concepto de violación de esta norma ocasionado por el acto administrativo acusado, en que el Alcalde Mayor al dictarlo no protegió uno de los 'bienes' de la parte actora como era su deber constitucional, sino que al ordenar la reversión del predio al Distrito Especial según sus palabras: 'No vela sino viola los derechos de una persona jurídica colombiana' (fl. 7).

"La parte demandada replica que no se ha violado la norma constitucional aludida toda vez que el Alcalde Mayor, con su acto objetado, lo que ha hecho es proteger una propiedad o 'bien' del Distrito Especial 'dando cumplimiento a un Acuerdo del Cabildo Distrital, quien lo facultó para que en caso de incumplimiento hiciera que el predio materia de cesión a Central de Juventudes, por el Acuerdo 32 de 1961, volviera al patrimonio distrital' (fl. 308 expediente).

"De conformidad con el texto del artículo segundo, ordinal c) del Acuerdo en mención, en caso de 'incumplimiento de cualquiera de las condiciones' estipuladas y expresamente admitidas por las partes en el contrato de cesión elevado a Escritura Pública, modalidad que conforma una condición resolutoria expresa como lo asevera la parte actora, 'el inmueble, junto con las mejoras que en él hubiere, revertirá al Distrito, quien lo destinará a las mismas finalidades deportivas'. No se ve, entonces que haya violación del artículo 16 de la Carta cuando el Alcalde Mayor ha producido un acto administrativo tendiente a 'proteger' a la persona jurídica de derecho público Distrito Especial de Bogotá en uno de sus 'bienes', lo cual es por otra parte su deber legal como Jefe de la Administración Distrital, calidad que le da el artículo 15 del Decreto-ley 3133 de 1968.

"*Tercer cargo:* Violación del artículo 20 de la Constitución Nacional que establece un criterio de responsabilidad para los servidores de la Administración pública, que se hace expreso así:

"'Artículo 20. Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas'.

"La parte demandante estima violada la norma transcrita 'por cuanto las autoridades no pueden realizar sino lo que expresamente les ordenen la Constitución y las leyes. Y, como se ha visto, aquí no se ha procedido con sujeción a las normas superiores sino con violación flagrante de ellas' (fl. 7).

"En su escrito de conclusión, la parte demandada, por medio de su representante judicial, arguye que 'no se están violando ninguno de estos preceptos constitucionales pues el Distrito Especial de Bogotá está tutelando los bienes suyos', con fundamento en el Acuerdo número 32. Evidentemente, la Resolución acusada tiene su fundamento en el Acuerdo número 32 de 1981, que es en relación con aquella, una norma superior de derecho positivo. Luego la aplicación del Acuerdo 32 de 1981, norma superior frente a los actos del Alcalde

Distrital, previa la interpretación de que da cuenta la parte motiva de la Resolución impugnada, no se puede estimar como 'violación flagrante' de normas superior, ni como consecuencia del artículo 20 de la Constitución, como afirma la parte actora.

"*Cuarto cargo:* Violación del artículo 30 de la Constitución Nacional.

"Es conveniente para facilitar este análisis, transcribir la continuación la siguiente norma constitucional, que estima quebrantada la demandante:

"Artículo 30. 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 de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública, o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

"Arguye la parte actora que con fundamento en esta norma debe protegerse el derecho de propiedad del predio 'por cuanto ya ha ingresado al patrimonio de mi mandante, a través del Acuerdo que lo dispuso y de la Escritura que le dio cumplimiento, que este derecho está consolidado' con el cumplimiento de los requisitos impuestos por Acuerdo y Escritura Pública, con la consiguiente extinción de la condición resolutoria originalmente establecida. Que por consiguiente se ha configurado 'una situación jurídica subjetiva en cabeza de mi mandante, constitucionalmente sólo podría ser privado de su disfrute mediante expropiación judicialmente decretada y mediante el pago de plena y previa indemnización'. Agrega el actor que 'por idénticos motivos la Resolución quebranta el artículo 669 y siguientes del Código Civil, Título II, reguladores del derecho de dominio'.

"El Distrito Especial de Bogotá, por medio de su representante judicial, rearguye que 'si bien es cierto que se le cedió a Central de Juventudes, un predio ubicado en el Bosque Popular que se identifica con el número 53-96 Interior 3 de la carrera 66-A, esto ocurrió pero condicionado a que la entidad cesionaria cumpliera con la construcción de una ciudadela deportiva'. A continuación agrega 'dicha entidad no cumplió con lo dispuesto por el Cabildo Distrital, haciéndose acreedor a que se le ordenara entregar el inmueble a, la entidad demandada'.

"Es evidente que el artículo 30 de la Constitución garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles 'los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores', pero no hay ley posterior que esté vulnerando ningún derecho adquirido del actor. La única norma que se ha aplicado es el Acuerdo 32 de 1961, que si bien puede considerarse como una ley en sentido material, no es posterior, sino anterior a la existencia del pretendido derecho 'ingresado al patrimonio' del actor y este Acuerdo es el origen de la 'cesión condicional' y no la norma que vulnere o desconozca derecho alguno del demandante. Es verdad, en cambio que este Acuerdo o ley en sentido material configuró 'una situación jurídica subjetiva' en cabeza del demandante, pero de carácter administrativo o de derecho público y no de carácter civil a la cual se le puede aplicar la teoría jurídica de derecho privado que surge de los artículos 669 y siguientes del Código Civil, para el efecto de considerarlos violados 'por idénticos motivos a los aducidos por las violaciones constitucionales'.

"El artículo 1º del Acuerdo número 32 de 1961, hizo una 'cesión' de un lote de terreno de propiedad del Distrito; y el artículo 2º al autorizar al Personero Distrital para otorgar la escritura 'correspondiente' aquella *cesión* destinó el inmueble cedido 'exclusivamente a la construcción de una ciudadela deportiva en beneficio de la juventud del Distrito', es decir, que le dio al predio una afectación de utilidad pública inmodificable y acorde con el servicio público de recreación y deportes del 'Bosque Popular' del Distrito, predio adquirido por compra a la Beneficencia de Cundinamarca en mayor extensión, de lo cual da testimonio la cláusula segunda del contrato de 'cesión gratuita' de la escritura correspondiente, visible a folio 32 vuelto del expediente.

"A lo anterior debe agregarse que en el Acuerdo número 32 de 1961 se hacen las siguientes precisiones: a) Que la entidad beneficiaria de la 'cesión es una institución de utilidad común y sin fines de lucro'; b) Que el lote está 'situado en el Bosque Popular'; c) Que el inmueble cedido 'se destinará exclusivamente a la construcción de una ciudadela deportiva'; que este predio cedido 'no podrá ser enajenado ni dedicado a fines distintos de los deportivos'; que la institución beneficiaria de la 'cesión' 'se obliga a construir los campos para deportes' en el plazo de una año a partir de la sanción del Acuerdo; que para el caso de incumplimiento de las condiciones decretadas por medio de aludido Acuerdo, el inmueble *revertirá* al Distrito, con sus mejoras, para las mismas finalidades deportivas y en el Contrato de cesión de que da cuenta la Escritura Pública número 3926 de diciembre 1º de 1961, corrida en la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, se estipuló en la cláusula o punto *'cuarto'* que la *reversión* a su propietario el Distrito tendrá lugar, fuera del incumplimiento de las condiciones decretadas por el Acuerdo de 'cesión', por esta otra: *'O de enajenación a particulares'*.

"Resulta entonces que no se puede admitir la argüida violación con el acto acusado del artículo 669 y siguientes del Código Civil, porque estos definen el dominio (que se llama también *propiedad*) diciendo que 'es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno'. Y en el caso de la 'cesión' que nos ocupa no se puede afirmar que este

derecho real existe en cabeza de la institución demandante porque no hay contrato de venta a términos del artículo 1849 del Código Civil toda vez que no hay *precio* sino 'cesión gratuita'.

"Si bien de conformidad con el artículo 1524 *ibídem*, la pura liberalidad puede ser causa de las obligaciones, en este caso la causa real acogida en el *artículo segundo*, literales a), b) y c) prevalece sobre cualquier posible motivación de liberalidad o beneficencia; ni cesión entre deudor y acreedor como la prevista en el artículo 1672 del Código Civil, ya que no aparece comprobado que el Distrito fuera deudor de la institución demandante y que por tal causa se hubiera proferido el Acuerdo aludido en favor de ésta; quizás pudiera suponerse que la 'cesión', pudo haberse originado en la intención de producir la donación que regula el artículo 1443 y siguientes del Código Civil, porque ésta transfiere, gratuita e irrevocablemente, bienes de una persona a otra, sería una suposición incierta porque el motivo que indujo a la producción del Acuerdo 32 de 1961 y al contrario de cesión por Escritura Pública, su causa expresada, no era la de donar un bien raíz, sino la de cederlo para destinar el inmueble 'a la construcción de una ciudadela deportiva, en beneficio de la juventud del Distrito', o en otras palabras la de ceder o transferir administrativamente el predio para la prestación en él de un servicio público de recreación y deportes populares mediante la construcción por el cesionario de una *ciudadela deportiva.*

"*Sexto cargo:* Transgresión del Decreto 2733 de 1959.

"Finalmente considera la parte actora en su libelo de demanda que la Resolución número 599 de 22 de mayo de 1981, es violatoria del Decreto-ley 2733 de 1959, en sus artículos 10, 11 y 12, por el aspecto procesal administrativo de que no fue notificada personalmente a la Instrucción Central de Juventudes, 'sino que casi puede decirse que se dictó y ha tratado de ejecutarse clandestinamente'. En el punto 12 de los hechos de la demanda (fl. 6) manifiesta el actor que el Alcalde Mayor inició querella de policía, por conducto del Procurador de Bienes del Distrito, ante la Alcaldía Menor de Engativá, 'por lo cual mi representada se enteró de la existencia de dicha Resolución e inmediatamente interpuso contra ella recurso de reposición con fecha 31 de marzo de 1982'. Con fundamento en este hecho aseverado por la parte actora, la representante judicial del Distrito Especial replica que, 'en cuanto a la violación del Decreto 2733 de 1959, no fue transgredido éste con el pronunciamiento de la Resolución impugnada, por cuanto los interesados se notificaron por conducta concluyente', en lo cual no le falta razón si se observa lo dispuesto por el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este caso.

"En cuanto a los hechos y omisiones que sirvieron para conformar la causal de 'incumplimiento con los fines estipulados en el acuerdo y en la escritura de cesión', imputados a la institución Central Católica de Juventudes, en la parte motiva de la Resolución número 599 de 1981, aquí controvertida (fl. 26 vto.), obran como pruebas del proceso, las que se destacan a continuación:

"a) A folio 207 del expediente aparece el Oficio número 1115 de fecha septiembre 23 de 1983, suscrito por el Director de la División

de Control de la Secretaría de Obras Públicas, en el cual se da testimonio de que 'no se encontró que haya sido expedida licencia para el predio situado en la carrera 66A número 53-96, Interior 3 (Bosque Popular) de esta ciudad, para la construcción de la Ciudadela Deportiva de Central de Juventudes'. Obviamente, si en 23 de septiembre de 1983, no se encontró licencia de construcción es porque o ésta se construyó sin licencia oficial, o porque no se construyó hasta esta fecha;

"b) La 'Ciudadela Deportiva del Bosque Popular' denominación que se le da en documento oficial que obra a folio 242, o la Ciudad Deportiva Cardenal Luque como se la denomina en la reglamentación proyectada por la Junta de Planificación y adoptada por Decreto número 074 de 1966 (3 de febrero), oficialmente está destinada a los siguientes usos exclusivos:

"Artículo segundo. *Usos exclusivos:* La Ciudadela Deportiva comprende:

"1. Instalaciones deportivas cubiertas y al aire libre.

"2. Alojamiento temporal de equipos deportivos, salas de conferencias, biblioteca, salas de juego, gimnasio y piscina cubiertos y demás instalaciones accesorias.

"3. Oficinas administrativas, cafeterías, capilla y demás construcciones complementarias para formación deportiva de las juventudes".

"c) En el acta de la diligencia de inspección judicial efectuada con fecha 26 de agosto de 1983 (fl. 190), se comprueba la existencia de las siguientes construcciones en el predio citado:

"Se hizo por el personal de la diligencia un recorrido por el inmueble en mención y dentro de él se observan algunos arcos correspondientes a canchas de fútbol. Se encontró también un depósito de materiales, que sirve de lugar de habitación a unas de las personas que hacen el oficio de cuidanderos del lugar. En ese depósito se hallaron también algunas 'cerchas'. Se halló igualmente una construcción con oficinas para trabajo de la juventud, capilla con servicios, como comedor, cocina y oficinas..."

"d) En el estudio realizado por los señores peritos, se presentan como conclusiones de experticio la de que el área está prestando un servicio recreacional a la comunidad los días sábados, domingos y festivos 'mas no cuenta con la infraestructura necesaria para llevar a cabalidad tal fin'; y que debido a la gran extensión del predio y a los altos costos de construcción y mantenimiento de la totalidad del área, consideran que la Central de Juventudes estaría en incapacidad de afrontar esos costos, lo que sí podría efectuar si dispusiera de un área menor para fines deportivos que resultaran en concordancia con la planificación total del sector como parte integrante del proyecto del 'Parque Simón Bolívar' dentro del cual se encuentra ubicado el predio".

"Y en ampliación del dictamen pericial, a solicitud de la Personería Delegada en el proceso, hacen los expertos las siguientes precisiones sobre la Ciudadela Deportiva, visible a folio 219:

"Una Ciudadela, en el sentido de la palabra, consta de una serie de construcciones que conforman una agrupación con un fin determinado. En el caso que nos ocupa de Cuidadela Deportiva, sería de unas construcciones tales como velódromo, estadio, gimnasio, coliseo y otras construcciones de esta clase, con sus correspondientes graderías e instalaciones sanitarias como también cafeterías, restaurantes y en general sitios adecuados para el asparcimiento (sic) no sólo de los deportistas sino en general de los visitantes a la Ciudadela.

"En conclusión tomando el significado en el sentido general de *Ciudadela Deportiva*, la construcción existente en la carrera 66A número 53-96 interior 3 *no* configura una Ciudadela Deportiva, por no contar con la serie de construcciones del tipo mencionado anteriormente".

"Se deduce entonces con claridad, con las pruebas documentales a que se hace alusión, que la motivación en que se funda el acto administrativo del Alcalde Mayor, aquí acusado, corresponde a hecho y omisiones comprobados, y que por tanto, la decisión de tal acto resulta ajustada a la verdad material.

"Queda solamente por examinar si el Alcalde Mayor de Bogotá tenía o no competencia legal para producir, como Jefe de la Administración de Bogotá, D. E., la Resolución impugnada en este proceso. La parte actora ha manifestado que 'configurada así una situación subjetiva en cabeza de mi demandante, constitucionalmente sólo podría ser privado de su disfrute mediante expropiación judicial' y que el Alcalde Mayor con su acto ha violado el artículo 20 de la Constitución 'por cuanto las autoridades no pueden realizar sino lo que expresamente les ordene la Constitución y las leyes'. Y que en el caso presente la Alcaldía no procedió con sujeción a esas normas superiores (fl. 7).

"La representante judicial de la Alcaldía Mayor, ha replicado a la parte demandante que 'la única autoridad competente para proferir el acto, mediante el cual se ordenó revertir al Distrito es el Representante Legal de éste, o sea el Alcalde Mayor de Bogotá' y, a continuación fundamenta su aseveración manifestando que 'así lo dispone el numeral 1º del artículo 16 del Decreto-ley 3133 de 1968'.

"Se considera entonces conveniente observar que el artículo 15 del Decreto-ley 3133 de 1968 destaca que el Alcalde Mayor es el Jefe de la Administración Municipal en el Distrito Especial de Bogotá. Y el artículo 16 *ibídem*, citado por la parte demandada, otorga a este funcionario, entre otras las siguientes funciones:

"1ª Llevar la voz del Distrito Especial y representarlo.

"2ª Dirigir la acción administrativa en el Distrito.

"10ª Cumplir y hacer que se cumplan en el Distrito Especial los decretos y órdenes del Gobierno y los Acuerdos del Concejo Distrital.

"11ª ...dictar las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración".

"Las competencias que se derivan del Decreto-ley 3133 de 1968, y en especial las que le atribuyen los artículos 16, 10 y 11, constituyen no sólo elementos jurídicos de acción administrativa, sino deberes de

su cargo que no puede omitir sin incurrir en responsabilidad al tenor del artículo 20 de la Constitución. En el caso presente y frente al Acuerdo 32 de 1961 es indudable que tiene competencia para 'cumplir y hacer que se cumplan...los Acuerdos del Concejo Distrital'.

"Y hemos visto que el Acuerdo 32 de 1961 decretó una cesión administrativa, a una institución de utilidad común sin fines de lucro, como lo es la Central Católica de Juventudes. También se anotó que por medio del artículo 2º *ibídem*, se impusieron dos condiciones exorbitantes en ejercicio de prerrogativas de poder público propias de la Administración Distrital, a saber: a) Que el inmueble se destinará exclusivamente a la construcción de una *Ciudadela Deportiva* y no podrá ser enajenado; b) Que la Central de Juventudes se obliga a construir los campos de deportes en el plazo de un año. Estas estipulaciones no son usuales en los convenios entre particulares sometidos al derecho común, sino privativas de la Administración pública por ser forzosas y de carácter de privilegio estatal, que no obstante tienen su justificación por el predominio constitucional del interés público sobre el privado.

"Y para rematar, el Concejo Distrital, en el artículo 2º del Acuerdo citado, impuso la facultad, al Distrito Especial de Bogotá, para la terminación del contrato y su reversión al mismo, ante la ocurrencia de los siguientes eventos: a) Incumplimiento de las condiciones; b) Disolución de la Central Católica de Juventudes; y c) Liquidación de la misma institución.

"Ante el texto de estas estipulaciones privilegiadas que gobiernan la cesión gratuita de parte del predio del hoy llamado Parque Simón Bolívar, como ya se vio, debe admitirse que el contrato que se autorizó celebrar al Personero, y que se convirtió en la Escritura Pública número 3926 de diciembre 1º de 1961 de la Notaría Novena (fls. 31 y ss.), donde se pactan mutua y libremente la iniciación, desarrollo, limitaciones y terminación unilateral del contrato, por las causales allí declaradas o implícitas, es un contrato de transferencia condicionada. En este orden de ideas el Alcalde Mayor de Bogotá tiene plena competencia legal para producir como lo hizo, la Resolución número 599 del 22 de mayo de 1981 por las normas que se dejaron analizadas. Al mismo resultado se llega si la estipulación de reversión se considera con arreglo al derecho privado como condición resolutoria expresa del contrato de cesión gratuita, porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: 'La condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial' (Casación. Sentencia de abril 7 de 1954, LXXVII, 364).

"Como por una parte la presunción de legalidad que ampara los actos de la Administración pública no ha sido desvirtuada en este proceso en relación con la Resolución acusada y, por otra, ha quedado comprobado que el Alcalde Mayor al expedirla obró en ejercicio de la competencia legal necesaria y suficiente, así se resolverá en consecuencia".

"En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera; en desacuerdo con

la Fiscal Colaboradora, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"*Falla:*

"Deniéganse las súplicas de la demanda".

II

Sustentación del recurso:

A folios 84 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el memorial en que el apoderado de la parte impugnante sustenta el recurso. En él se hacen valoraciones de orden fáctico y jurídico que se precisan, en lo pertinente, así:

"*1. Solicitud*

"Solicito al honorable Consejo de Estado, *revoque* la sentencia del honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y en su lugar haga las siguientes declaraciones y condenas pedidas en el libelo de la demanda:

"*Primera:* Que es nula la Resolución número 599 del 22 de mayo de 1981 expedida por el señor Alcalde Mayor de Bogotá D. E., 'por la cual se revierte un globo de terreno al Distrito Especial de Bogotá'.

"*Segunda:* Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho vulnerado se diga:

"2.1. Que la Central de Juventudes ha cumplido con las obligaciones que le impuso el Acuerdo 32 de 1961 del Concejo de Bogotá, D. E., y por lo tanto continúa en el derecho de dominio y posesión del globo de terreno cuya reversión se ordenó por la Resolución impugnada, y.

"2.2. Que el Distrito Especial de Bogotá deberá pagar a la Central de Juventudes, dentro del término señalado en el artículo del (sic) Código Contencioso Administrativo, el valor de los perjuicios de todo orden (material y moral) debidamente actualizados, ocasionados con la expedición y ejecución de la Resolución 599 de 1981 y resulten acreditados dentro del proceso o en el respectivo incidente de ejecución.

"*2. Fundamentos del recurso*

"En el ejercicio profesional se encuentra uno pocas veces con sentencias que producen perplejidad. Y no propiamente por ser adversas a la causa defendida, sino por la ligereza y superficialidad de su contenido que llevan al fallador a una distorsión absoluta del derecho, produciendo así grandes injusticias. Este, señores Consejeros, es uno de estos casos; en la sentencia hay desconocimiento de las pruebas, del concepto de la señora Fiscal, del alegato de conclusión, de certificaciones distritales específicas que acreditan el cumplimiento de la Central de Juventudes e incluso, se fundamenta en jurisprudencia que dice lo contrario a lo que se sustenta.

"Pero veamos a continuación el problema presentado:

"*2.1. El contrato contiene cinco condiciones resolutorias*

2.1.1. El contrato celebrado entre la Central de Juventudes y el Distrito Especial de Bogotá contiene cinco condiciones resolutorias (art. 2º, fl. 30):

"1. Destinación a la construcción de una ciudadela deportiva.

"2. No podrá ser enajenado (el lote cedido).

"3. Destinación deportiva.

"4. Construcción de los campos deportivos en el plazo de un año.

"5. En caso de disolución revertirá al Distrito.

"2.1.2. La escritura pública 3926 de 1961 (Notaría 9ª de Bogotá) menciona como condición resolutorias la enajenación a particulares que ya estaba comprendida en el número 2 de la anterior enumeración (fls. 31 a 36).

"Por otra parte, el Acuerdo 19 de 1966 (fl. 103), autoriza a la Central de Juventudes a *'adelantar unas construcciones en desarrollo de los objetivos que persigue'* (he subrayado), con lo cual se ampliaron los número 1 y 3 de nuestra enumeración. Por consiguiente, reagrupando las cinco condiciones racional y metódicamente encontramos que se reducen a cuatro:

"2.1.2.1. Construcción de una ciudadela deportiva, entendiendo ésta como 'los campos deportivos previstos en el plazo de un año' y otras construcciones en desarrollo de los objetivos de la Central de Juventudes.

"2.1.2.2. El inmueble cedido no podrá ser enajenado.

"2.1.2.3. Destinación deportiva y otras en desarrollo de objetivos de la Central de Juventudes.

"2.1.2.4. En caso de disolución o liquidación, el inmueble revertirá al Distrito.

"2.1.3. La segunda es una condición resolutoria negativa (art. 1531, C. C.) sobre la cual no existe controversia, por cuanto la Central de Juventudes no ha enajenado el inmueble a ninguna entidad pública ni privada como se demuestra en el certificado de libertad que obra a folio 38.

"Además, la institución está procurando judicialmente conservar el inmueble para los fines ordenados en los Acuerdos 32 de 1961 y 19 de 1966.

"2.1.4. La tercera es una condición resolutoria negativa que tampoco ha operado, puesto que al inmueble se le ha dado permanentemente una destinación deportiva en pro de la juventud. Esto aparece demostrado: 1.4.1. la inspección judicial donde se verificó la existencia de campos deportivos, 1.4.2. en la parte objetiva del dictamen pericial donde los señores peritos dan cuenta de la gran afluencia de deportistas y de la comunidad en general a participar en los torneos que allí se realizan.

"2.1.5. En la prueba documental, se encuentran certificación de la Federación Deportiva Independiente sobre la participación en cer-

támenes deportivos organizados por la Central de Juventudes (fls. 64 y ss.). Por consiguiente, sobre la destinación deportiva no existe duda alguna.

"2.1.6. La Central no se ha disuelto ni liquidado, como lo acredita el certificado de Personería Jurídica del Minjusticia y el hecho de estar actuando en este proceso.

"2.1.7. Sobre la construcción de la ciudadela deportiva, surgió para el fallador de primera, una gran confusión sobre la acepción del término 'ciudadela deportiva', cuando éste estaba y está claramente definido por el mismo Acuerdo 32 de 1961 y aceptado por el Distrito en múltiples ocasiones.

"2.1.7.1. El Acuerdo 32 de 1961 (art. 2º, letra a) dice:

"'a) El inmueble se destinará exclusivamente a la construcción de una ciudadela deportiva...' y el mismo artículo 2º, letra b) delimita el concepto de ciudadela deportiva al decir: 'b) La Central Católica de Juventudes se obliga a construir *los campos para deportes previstos* en el plazo...' (he subrayado); luego por Ciudadela Deportiva debe entenderse campos de deportes y así lo reconoció y aceptó el Distrito directa e indirectamente durante veinte años (1961-1981):

"2.1.7.1.1. *La Secretaría de Educación del Distrito* entidad designada por el Acuerdo 32 de 1961 para verificar el cumplimiento de lo previsto en él, expidió la siguiente constancia de fecha 6 de septiembre de 1968 (fl. 42). 'La suscrita Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá hace constar: Que verificada la visita correspondiente se comprobó que la Central Católica de Juventudes *cumple estrictamente con lo dispuesto* en el Acuerdo 32 de 1961, junio 6, emanado del honorable Concejo de Bogotá' (he subrayado).

"Esta prueba incontrovertible del cumplimiento de la Central de Juventudes se desconoció a tal punto que *ni siquiera se cita en la sentencia recurrida.*

"2.1.7.1.2. La *Junta Distrital de Hacienda,* concedió una exención del impuesto predial y complementarios al inmueble cedido a la Central de Juventudes mediante Resolución número 1064 de 1964 y por Resolución 1184 de 1967 ratificó esa exención, para lo cual (Acuerdo 16 de 1966), *la entidad debía acreditar y acreditó que seguía cumpliendo con las finalidades y objetivos que causaron la exención,* pues de lo contrario no la hubiera obtenido.

"2.1.7.1. *El Concejo Distrital* expidió el Acuerdo 19 de 1966 (fl. 103) donde reconoce la propiedad de la Central de Juventudes sobre el lote cuando la autorizó para dar en garantía hipotecaria el terreno transferido y la autoriza además para erigir unas construcciones en 'desarrollo de sus objetivos'.

"2.1.7.1.4. *El Alcalde Mayor de Bogotá,* reglamentó el funcionamiento de la 'Ciudadela Deportiva Cardenal Luque' nombre que se le dio reconociendo una vez más que los campos deportivos construidos por la Central de Juventudes constituían una 'ciudadela deportiva' (fl. 235).

"2.1.7.1.5. *El Alcalde Mayor de Bogotá,* reconoce con alto elogio la labor deportiva desarrollada por la Central de Juventudes en el lote de terreno cedido, en comunicación SP-0004 de enero 3 de 1973 (fl. 63).

"El Distrito cedió a la Central de Juventudes el inmueble citado en la demanda, prohibiéndose su enajenación, para que le diera una destinación deportiva y para que construyera en él una ciudadela deportiva o campos deportivos. Las tres condiciones resolutorias negativas no han ocurrido: No se ha enajenado el lote, no se ha disuelto la entidad y se le ha dado al predio permanente destinación deportiva.

"*La tercera condición ha fallado* (art. 1539, C. C.), *porque la Central construyó los campos deportivos o ciudadela deportiva, y el Distrito a través de la entidad designada para el efecto por el Acuerdo 32 de 1961 verificó el cumplimiento de lo ordenado en el acuerdo* (folio 42).

"Distintos funcionarios y organismos distritales lo consideraron así (Concejo de Bogotá, Junta Distrital de Hacienda, la Secretaría de Educación, *varios* Alcaldes Mayores de Bogotá). Por eso, resulta bastante extraño, como lo sostuvimos en el alegato de conclusión, que después de veinte años (1961-1981) el Distrito haya cambiado de opinión sobre lo que es una ciudadela deportiva, reviva una condición resolutoria ya fallada para ordenar la reversión del predio, y se esfuerce en complicadas *interpretaciones gramaticales* para desconocer un derecho indiscutible de nuestro poderdante.

"*2.2. Confusión entre título y modo en la sentencia recurrida*

"Como lo hemos visto, *está probado suficientemente en el proceso el cumplimiento estricto que mi representada ha dado al Acuerdo 32 de 1961.* Pero sólo en vía de suposición, imaginemos que la Central de Juventudes hubiera incurrido en la condición resolutoria por no haber construido —que lo hizo— los campos deportivos a que estaba obligada. ¿Podría alguna autoridad administrativa desconocer directamente la escritura pública 3926 de 1961 de la Notaría 9 de Bogotá, debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad, por la cual el Distrito transfirió a título de cesión gratuita en favor de la Central de Juventudes, *el derecho de dominio y posesión del lote,* y más aún, podría hacerlo sin siquiera haber constituido en mora a mi apoderada?

"Desconcierta, por decir lo menos, la confusión que trae la sentencia recurrida entre *el título y el modo.* En Francia no ocurre como en Colombia donde lo que traspasa la propiedad es el modo; el artículo 673, que está dentro de los que cito como violados por la Resolución 599, dice que: 'Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición por causa de muerte y la prescripción', El 740 del Código Civil a su turno dice que: 'La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad de intención de transferir el dominio, y por la otra la capacidad de intención de adquirirlo'; y sobre la tradición de inmuebles ordena el artículo 756 del Código Civil 'se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces *por la*

inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos'. En el caso de autos:

"El Distrito era el propietario del inmueble dentro de sus facultades estaba el de poder transferir la propiedad.

"El Concejo de Bogotá por el Acuerdo 32 de 1961 adoptó la decisión de traspasar el dominio con las limitaciones anotadas y dio facultades al Personero para proceder.

"El Personero y el representante legal de la Central de Juventudes suscribieron la Escritura 3926 del 1º de diciembre de 1961, Notaría Novena de Bogotá, y en este público instrumento aquél manifestó la voluntad distrital de transferir el dominio a mi poderdante, y éste por su parte expresó: 'Que acepta para la entidad que representa *la transferencia del dominio* a que se refiere la cláusula primera de este instrumento'.

"Hasta ahí está la intención de entregar para transferir el dominio que consta en el *título*, pero aún no se ha traspasado; y para el caso no interesa discutir la naturaleza del título sino su finalidad. Después:

"Se registra la Escritura 3926 y, el inmueble sale de la órbita patrimonial del Distrito para ingresar al patrimonio de la Central de Juventudes. Se convierte en bien privado y deja de ser bien distrital. Ha operado el modo, completado luego con la entrega real y material del predio.

"*La prueba de si el bien es privado no depende de la naturaleza del título (si fue compraventa, o donación, o cesión administrativa, etc., etc.) sino del hecho del haberse operado la tradición.* Y esto tanto en el derecho civil como en el administrativo. Cuál prueba: El título *registrado* en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados y *el certificado expedido por dicha oficina* —folio de matrícula inmobiliaria— en el que consta quién es el titular de la propiedad. Estas pruebas esenciales obran en el expediente y *han sido ignoradas por el honorable Tribunal*, debido a que pensó que el título, como en Francia, era suficiente para traspasar el dominio y que por ende, la sola reversión podría reincorporar el bien a la esfera patrimonial del Distrito, *olvidándose que para ello es menester cancelar el registro de la escritura 3926*. Esta confusión de título y modo lleva al Tribunal en su sentencia y al Alcalde en su Resolución 599 a pensar que el bien objeto de la litis es de uso público y no que es bien privado o que el poder del Alcalde ese tal que puede ir contra los artículos del Código Civil que he citado.

"*2.3. El derecho de dominio puede ser limitado, contrariamente a lo escrito en la sentencia*

"El derecho de propiedad puede ser pleno, pero el ser 'pleno' no es de su esencia; puede la propiedad tener limitaciones como las que nacen de los gravámenes hipotecarios; puede desmembrarse al separarse la *nuda propiedad* del *usufructo* y en general todas aquellas sobre las que versa el Título VIII del Libro 2 del Código Civil que desarrolla lo dicho, a modo de introducción sobre el tópico por el artículo 793 del Código Civil que dice:

"El dominio puede ser limitado de varios modos:

"Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición.

"2. Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación...

"3. Por las servidumbres".

"Obviamente, al pasar el dominio por medio de una *condición*, en el caso de la litis, resolutoria, no significa que la propiedad no exista por estar limitada sino que, parece innecesario señalarlo, existe pero limitada. *Por confundir la plena propiedad con la propiedad misma es que la sentencia se equivoca al afirmar, como se desprende del contexto.* Que la Central de Juventudes, *no es la propietaria del inmueble; al estudiar sobre esta base falsa* la Resolución 599 citada concluirá que no viola el artículo 30 de la Constitución ni el 669 y siguientes del Código Civil siendo así que ésta (la Resolución 599) presupone que por el simple acto administrativo del Alcalde el bien pasa a ser de *'uso público'* olvidándose que al tenor del artículo 682 del Código Civil no es ni siquiera fiscal sino privado pues esta norma dice '...pero no se entenderá lo dicho (se refiere a los bienes fiscales y a los de uso público) *si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por la unión'*.

"La violación del artículo 30 de la Constitución y 669 del Código Civil y siguientes es manifiesta porque a través de la Resolución 599 de 1981, la Administración Distrital pretende desalojar a mi poderdante, de un bien de propiedad suya, privada, mediante el procedimiento señalado en el artículo 132 del Código de Policía el cual únicamente es aplicable contra ocupantes de bienes del Distrito que sean de la naturaleza de uso público; he aquí las pruebas que obran en el expediente al respecto, tampoco valoradas por el honorable Tribunal en virtud de su error jurídico:

"1. La parte resolutiva de la Resolución 599 de 1981 que dice: Artículo primero 'revertir al patrimonio del Distrito como *bien de uso público* el globo de terreno...'

"2. Todo el expediente de la acción policiva, hoy en segunda instancia ante el Alcalde, que fue quien la inició por intermedio del Procurador de Bienes del Distrito.

"Si el mismo Alcalde que profirió la Resolución 599 e inició la acción policiva creyere que el bien era privado, jamás habría intentado ésta.

"2.4. La sentencia confunde la acción resolutoria con la condición resolutoria

"La sentencia confunde: La condición resolutoria con la acción resolutoria, que es como confundir el cielo con la tierra; en la expresa, no se requiere declaración judicial para terminar el contrato y se toma como fecha la del incumplimiento; en la táctica, envuelta en todo contrato, sí se requiere sentencia y se toma como fecha de terminación la de ésta. Así opera la condición, pero para ejecutar o reclamar el derecho si se requiere acudir a la justicia y ello constituye 'la acción resolutoria'. En este caso, tendría la Alcaldía que iniciar un proceso judicial para obtener la sentencia que diera la orden de cancelación

de registro, y mientras tal cancelación no se realice, como el bien es privado con limitaciones pero privado, el Distrito no puede dar como efectuada la reversión. Menos puede, violar el artículo 20 de la Constitución, como lo hizo y está probado en el propio texto de la Resolución 599 al ordenar el Alcalde a mi poderdante que cancele el título y pague los gastos".

"Por otra parte, tanto en la condición resolutoria como en la expresa se exige: a) Que el deudor esté constituido en mora. Y mi poderdante nunca lo fue; b) Que de manera inteligible el acreedor le haga saber al deudor que opta por la Resolución del contrato y no por su ejecución. Lo que tampoco hizo el Distrito. Es importante resaltar que la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de 7 de abril de 1954, LXXVII, página 364, *no menciona el tema para el cual fue invocada como sustento de la sentencia.*

"De lo expuesto se concluye que la Resolución 599 de 1981 *viola el artículo 30 de la Constitución, puesto que, sin facultades el Alcalde, pretermite la cancelación de registro de la escritura 3926 y al hacerlo lanza a la Administración contra un predio de propiedad privada, creyéndolo de uso público.*

"2.5. En la sentencia recurrida, se ignoraron pruebas fundamentales o se apreciaron erróneamente

"2.5.1. Sostiene la sentencia que ni el artículo 192 de la Constitución Nacional ni el Acuerdo 32 de 1961 han sido violados por la Resolución 599 de 1981.

"Veamos en esta doble columna la indebida apreciación probatoria:

"Acuerdo 32 de 1961	*"Resolución número 599 de 1981*
"Artículo 3. *La Secretaría de Educación del Distrito,* verificará el cumplimiento estricto de las disposiciones de este acuerdo" (he subrayado).	"Que en visita practicada por *la comisión de inventario de inmuebles de la Procuraduría de Bienes del Distrito* se pudo observar..." (he subrayado).

"2.5.2. Como ya lo anoté, *NO SE MENCIONA siquiera la constancia expedida por la Secretaría de Educación sobre el cumplimiento que dio la Central de Juventudes al Acuerdo 32 de 1961* (fl. 42).

"2.5.3. La sentencia sostiene (pág. 12):

"a) A folio 207 del expediente aparece el folio número 115 de septiembre 23 de 1983 suscrito por el Director de la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas, en el cual se da testimonio de que 'no se encontró que haya sido expedida licencia para el predio situado en la carrera 66A número 53-96, Interior Bosque Popular de esta ciudad, para la construcción de la ciudadela deportiva de la Central de Juventudes. Obviamente si en 23 de septiembre de 1983, no se encontró licencia de construcción es porque o éste se construyó sin licencia oficial, o porque no se construyó hasta esa fecha' (pág. 12 Sentencia).

"Pero resulta señor Consejero, que es una constancia de *una oficina* de la Secretaría de Obras Públicas, y *en esa oficina no había constancia*, pero en el expediente, como se dijo en el alegato de conclusión, *reposan las licencias distritales obtenidas por la Central de Juventudes, que fueron enviadas por Planeación Distrital.* Folio 247 y siguientes y especialmente 257 (solicitud de revalidación de planos y licencias) y en los folios 252, 264, 268 y 275 figuran la *aprobación de la licencia* y el certificado de aprobación del plan de la ciudadela deportiva.

"Además hemos encontrado las licencias de construcción con posterioridad a la sentencia y en consecuencia las adjunto y relaciono para que se tengan como pruebas.

"1. *Plano de la 'Ciudadela Deportiva Cardenal Luque'.* Dirección: 53-96 Interior 3 Bosque Popular, Planta de Conjunto, Obra número 1 primera aprobación 5 de octubre de 1965, *revalidado* 4 de noviembre de 1969, con sello de la División de Control de Obras Públicas Distritales y firma, original.

"2. Ciudadela Deportiva Cardenal Luque, Bosque Popular, Planta cimientos, Obra número 2 número 31695, sellos de la División de Control y firma, de Obras Públicas Distritales, de las mismas fechas del anterior.

"3. Ciudadela Deportiva Cardenal Luque, Obra número 5, número 31695, Bosque Popular sellos de aprobado y revalidado, con firma original, de Obras Públicas Distritales, División de Control, detalle estructuras. Con las mismas fechas de los anteriores.

"4. Ciudadela Deportiva, Plano número 6 número 53-96 Interior 3 El Bosque Popular Planta Salón de Juegos, sellos y firma de aprobado y revalidado de Obras Públicas Distritales, División de Control número 31695.

"5. Licencia de Construcción, de fecha 4 de noviembre de 1969, referente al mismo predio y planos, por la cual se revalida la licencia 3846 de noviembre 16 de 1965, suscrita por el Secretario de Obras Públicas, documento original; licencia para construir la primera etapa.

"La edificación existente se hizo de acuerdo con esos planos y licencia, calificados por el Distrito de Ciudadela Deportiva, y, además, de acuerdo a lo dicho, para alcanzar los objetivos de la institución.

"Entonces, queda en claro que las obras por valor de más de *trece millones de pesos*, según lo acredita el peritazgo que obra en el expediente, se hicieron en desarrollo del Acuerdo 32 de 1961 como consta en los planos de la construcción que se denominan 'de la Ciudadela Deportiva', aprobados previamente por el Distrito como lo exigió el Acuerdo 19 de 1986 y de conformidad con la modificación que esta norma le hizo a aquella; todo lo cual omite la sentencia en virtud de su errónea interpretación del equivocado concepto emitido por el Director de la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas, oficina en la que por fallas de archivos, seguramente, dieron tan gravemente equivocado informe, el cual a su vez fundamentó la decisión del Tribunal.

"2.5.4. Sostiene la sentencia del Tribunal que de acuerdo con el Decreto 074 de 1966 que reglamentó la *ciudadela deportiva*, se establecen unos usos exclusivos (pág. 12 de la sentencia punto b).

"1. Instalaciones deportivas cubiertas y al aire libre.

"2. Alojamiento temporal de equipos deportivos, salas de conferencias, biblioteca, sala de juegos, gimnasios y piscinas cubiertas y demás instalaciones accesorias.

"3. Oficinas administrativas, cafetería, capilla y demás construcciones complementarias para formación deportiva de las juventudes".

"Esto es cierto pero en esta reglamentación no se fijó un plazo o término para realizar la construcción, por ello existe un programa metódico de la Central de Juventudes llamado Juventud Año 2000, que se acompañó a la demanda, y dos años después en septiembre de 1968, el Distrito reconoció expresamente en la constancia de la Secretaría de Educación (fl. 42) que la Central había cumplido, y no de cualquier manera, *'estrictamente'* lo dispuesto en el Acuerdo 32 de 1961.

"Resulta insólito que la prueba sirva para gravar más a mi representada, pero no sirva para demostrar que lo allí existente es una *ciudadela deportiva*, por cuanto en la sentencia recurrida se transcribe un párrafo de la *inspección judicial* página 12 de la sentencia: 'Se hizo por el personal de la diligencia un recorrido por el inmueble en mención y dentro de él se observan algunos arcos correspondientes a canchas de fútbol...Se halló igualmente una construcción con oficinas para trabajo de la juventud, capilla con servicios, como corredor, cocinas y oficinas...'

"Comparándose lo que dice el Decreto 074 de 1966 con lo encontrado en la inspección judicial, vemos que se encuentran varias etapas cumplidas y existe suficiente tiempo hasta el año 2000 para adelantar los faltantes.

"2.5.5. Del dictamen pericial, la sentencia recurrida toma precisamente su parte subjetiva y ajena al experticio que no podían ser tomadas como fundamento por el fallador (pág. 12 de la sentencia).

"Consideran (los peritos) que la Central de Juventudes estaría en incapacidad de afrontar esos costos (construcción y mantenimiento de la ciudadela), lo que sí podría efectuar si dispusiera de un área menor para fines deportivos que resultaran en concordancia con la planificación total del sector como parte integrante del proyecto del 'Parque Simón Bolívar' dentro del cual se encuentra ubicado el predio.

"Tal como lo sostuvimos en el alegato de conclusión, que no mereció ninguna consideración en la sentencia, los peritos se convirtieron en legisladores, Concejales y Jueces, asumiendo consideraciones *de conveniencia* que no les competían, pero que sí dejan entrever el verdadero motivo de la reversión: Integrar la ciudadela a un proyecto loable (el parque Simón Bolívar), proyecto con el cual la Central no estará en desacuerdo y colaborará hasta donde esté a su alcance, pero en lo que no está de acuerdo es en que sin ningún procedimiento, ni fórmula, se le prive de sus derechos legítimamente constituidos. Pues

bien señores Consejeros, esta apreciación pericial sin fundamento cierto fue también invocada como sustento en la sentencia, y finalmente, la adición al dictamen, solicitada por la apoderada del Distrito (bajo la amenaza de objetarla por error grave), concluye diciendo que los campos e instalaciones deportivas no son una ciudadela deportiva, porque esto, según ellos, sin fundamento científico alguno y contrariando lo que el mismo Distrito ha considerado como ciudadela deportiva, deben tener velódromo, coliseos, estadios, gimnasios y otras construcciones con graderías, cafeterías, restaurantes, etc.

"Conclusión

"En el contrato de cesión, existen cuatro condiciones resolutorias, tres de ellas negativas que no han ocurrido y la cuarta: La construcción de una ciudadela deportiva ya está fallada, por cuanto el Distrito a través de la Secretaría de Educación, entidad comisionada por el Concejo para verificar el cumplimiento del Acuerdo 32 de 1961, *constató su estricto cumplimiento.* Además el Distrito por 20 años reconoció que en el inmueble cedido había unas construcciones y campos deportivos y que éstas constituían una ciudadela deportiva; lo reconocieron: *La Secretaría de Educación,* varios *alcaldes,* se reglamentó la ciudadela deportiva, la Junta Distrital de Hacienda exoneró a la Central del pago de impuestos predial y complementarios para lo cual debía acreditar su destinación deportiva del lote lo cual realizó la *Oficina de Catastro;* se exime a la Central del pago del impuesto de delineación, el *Concejo* autoriza a mi representada para gravar hipotecariamente el lote de la ciudadela, *Planeación Distrital* zonifica la ciudadela deportiva, y la *Secretaría de Obras Públicas* le concede licencia de construcción, y después de cuatro lustros la ciudadela deportiva reconocida como tal por casi todas las entidades distritales, se convierte en un potrero objeto de reversión sin la menor fórmula de juicio. En la sentencia se confunden las cuatro condiciones resolutorias y se llega a una equivocada conclusión; se confunden el título y el modo en la sentencia y se concluye que es dable, por vía administrativa unilateral, desconocer una escritura pública debidamente registrada.

"Considera igualmente la sentencia recurrida que la propiedad o dominio *no puede ser limitado,* confunde la acción resolutoria con la condición resolutoria, y por último, en materia de pruebas, ignora por completo la certificación de cumplimiento de la Secretaría de Educación; estando las licencias enviadas por Planeación Distrital en el expediente, confunde la constancia de no existencia de licencia en los archivos de *una oficina* con los archivos de la totalidad (sic) de la Secretaría, y a pesar de la subjetividad acientífica del dictamen parcial se toma como su pilar.

"Por último la sentencia recurrida invoca jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia —vía Ortega Torres— que sostiene lo contrario a lo argumentado.

"Con todo lo anterior se demuestra el cumplimiento de mi representada al Acuerdo 32 de 1961 y la inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución 599 de 1981, del Alcalde Mayor de Bogotá.

"En consecuencia, solicito respetuosamente al honorable Concejo de Estado, revoque la sentencia del Tribunal y en su lugar acceda a las pretensiones de la demanda".

III

Dentro de las diligencias de reconstrucción no pudo aportarse el concepto rendido, en el momento procesal oportuno, por la Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen. Pero todo indica que fue desfavorable a las pretensiones de la parte actora. Así se deduce del memorial que obra al folio 95 del cuaderno número 1, en donde se le hacen las siguientes observaciones por el procurador judicial de la parte demandante. En él se lee:

"Sin embargo en atención a la vista fiscal debo hacer énfasis en los siguientes puntos:

"A) Reafirmo señor Consejero que en la sentencia recurrida:

"1. *Se confunden el título y el modo* (Ver págs. 5 y 6 de la sustentación).

"2. *Se sostiene que el derecho de dominio es ilimitado* (Ver págs. 6 y 7 de la sustentación).

"3. *Se confunden la acción resolutoria con la condición resolutoria* (Ver pág. 7 de la sustentación).

"4. *Se ignoraron pruebas fundamentales, y otras se apreciaron erróneamente* (Ver págs. 7 a 9 de la sustentación) hasta el punto de que ni siquiera se menciona la constancia que la entidad distrital comisionada por el Acuerdo 32 de 1961, dio sobre el cumplimiento estricto de la Central de Juventudes a lo establecido en dicho acuerdo (folio 42).

"5. *Se interpretó equivocadamente el alcance y efectos de las condiciones resolutorias.*

"Sobre este punto señor Consejero, quiero, además de lo expuesto en la sustentación del recurso, insistir nuevamente para lo cual hago una síntesis:

"Condiciones resolutorias

"Del Acuerdo 32 de 1961, de la escritura de cesión (3926 de 1961, Notaría 9ª de Bogotá) y del Acuerdo 19 de 1966, por las razones expuestas en la sustentación del recurso (págs. 2 y 3), se concluye que en la relación Central de Juventudes - Distrito Especial de Bogotá, se presentaron *cuatro condiciones resolutorias.*

"5.1. *El inmueble cedido no podrá ser enajenado:*

"Esta es una condición resolutoria negativa (art. 1531, C. C.) sobre la cual no existe controversia, por cuanto la Central de Juventudes no ha enajenado el inmueble a ninguna entidad pública ni privada como se demuestra en el certificado de libertad que obra a folio 38. Además, la institución está procurando judicialmente conservar el inmueble para los fines ordenados en los Acuerdos 32 de 1961 y 19 de 1966.

"5.2. *Destinación deportiva y otras en desarrollo de los objetivos de la Central de Juventudes:*

"Esta es una condición resolutoria que tampoco ha operado, puesto que al inmueble se le ha dado permanentemente una destinación deportiva en pro de la juventud. Esto aparece demostrado: 5.2.1. la inspección judicial donde se verificó la existencia de campos deportivos, 5.2.2. en la parte *objetiva* del dictamen pericial donde los señores peritos dan cuenta de la gran afluencia de deportistas y de la comunidad en general a participar en los torneos que allí se realizan. Y 5.2.3. en la prueba documental, se encuentran certificaciones de la Federación Deportiva Independiente sobre la participación en certámenes deportivos organizados por la Central de Juventudes (fls. 64 y ss.). Por consiguiente, sobre la destinación deportiva no existe duda alguna.

"5.3. *En caso de disolución o liquidación, el inmueble revertirá al Distrito:*

"La Central no se ha disuelto ni liquidado, como lo acredita el certificado de personería jurídica del Minjusticia y el hecho de estar actuando en este proceso.

"5.4. *La construcción de una ciudadela deportiva entendiendo ésta como los 'campos deportivos previstos en el plazo de un año' (Acuerdo 32 de 1961, art. 2º, letra b), y otras construcciones en el desarrollo de los objetivos de la Central de Juventudes (Acuerdo 19 de 1966).*

"Esta cuarta condición ha fallado (art. 1539, C. C.), porque la Central construyó los campos deportivos o ciudadela deportiva, y el Distrito, a través de la entidad designada para el efecto por el Acuerdo 32 de 1961 (Secretaría de Educación) verificó el cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo (fl. 42).

"Distintos funcionarios y organismos distritales lo consideraron así (Concejo de Bogotá, Junta Distrital de Hacienda, la Secretaría de Educación, varios Alcaldes Mayores de Bogotá). Por eso, resulta bastante extraño, como sostuve en el alegato de conclusión, de primera instancia que después de veinte años (1961-1981) el Distrito haya cambiado de opinión sobre lo que es una ciudadela deportiva, reviva una condición resolutoria ya fallada para ordenar la reversión del predio, y se esfuerce en complicadas *interpretaciones gramaticales* para desconocer un derecho indiscutibles de mi poderdante.

"Ruego al señor Consejero, que relea en las páginas 3 y 4 de la sustentación del recurso de apelación, las citas concretas de las entidades distritales que reconocieron directa e indirectamente, la existencia de los campos deportivos considerados como *ciudadela deportiva* durante veinte años.

"Y especialmente quiero llamar la atención del señor Consejero sobre *una prueba incontrovertible* de la razón y el derecho que le asiste a mi representada, y que ha sido ignorado por el fallador de primera estancia y por la señora Fiscal del Consejo.

"La Secretaría de Educación del Distrito entidad designada por el Acuerdo 32 de 1961 para verificar el cumplimiento de lo previsto en él, expidió la siguiente constancia de fecha 6 de septiembre de 1968 (fl. 42): 'La suscrita Secretaria de Educación del Distrito Especial de Bogotá hace constar: Que verificada la visita correspondiente se comprobó que la Central Católica de Juventudes cumple estrictamente con lo dispuesto en el Acuerdo 31 de 1961, julio 6 emanados del honorable Concejo de Bogotá' (He subrayado).

"5.5. *Conclusión sobre las condiciones resolutorias:*

"El Distrito cedió a la Central de Juventudes el inmueble citado en la demanda, prohibiéndole su enajenación, exigiéndole una destinación deportiva, advirtiéndole que si la Central se disolvía el inmueble revertiría al Distrito, y señalándole la finalidad esencial de construir en el inmueble una ciudadela deportiva o campos deportivos. *Las tres primeras condiciones resolutorias no han ocurrido: No se ha enajenado el lote, no se ha disuelto la entidad y se le ha dado al predio permanente destinación deportiva. Y la última condición ha fallado porque la Central construyó los campos deportivos (art. 1539, C. C.).*

"B) *El concepto de la señora Fiscal:*

"1. Debo alertar al señor Consejero sobre el craso error en que incurre la señora Fiscal al considerar que en el folio 227 del cuaderno 1, hay un *acuerdo distrital* que modificó el número 32 de 1961 'por cuanto la Central de Juventudes no ha dado a los terrenos la destinación para la cual fueron cedidos en el tiempo estipulado *no señor Consejero, no es un acuerdo distrital.* Lo que obra a folio 227, tal como lo manifesté en el alegato de conclusión de primera instancia, *es un proyecto de acuerdo* que no fue aprobado por el honorable Concejo de Bogotá, precisamente porque los ediles verificaron el cumplimiento que la Central de Juventudes había dado al Acuerdo 32 de 1961; e incluso si fuera un acuerdo, que repito *no lo es*, no cumple la exigencia probatoria prevista en el Código Contencioso Administrativo, artículo 141 y en el Código de Procedimiento Civil'.

"2. La señora Fiscal manifiesta genéricamente que mi representada no cumplió con los requisitos *'sine qua non'* exigidos por el Acuerdo 32 de 1961, cual era la construcción de una ciudadela deportiva en el término previsto, 'lo cual quedó demostrado en varias pruebas', *pero se cuida mucho de referirse a la constancia oficial de cumplimiento que expidió el Distrito* (fl. 42).

"3. Afirma la vista fiscal que los requisitos que debían cumplir las obras, no fueron especificadas en forma expresa en el Acuerdo, ni en la escritura, pero 'con la expedición del Decreto *31965* (sic) de febrero 3 de 1965 se llenó este vacío'. El número 31965 corresponde a una solicitud de mi representada para obtener la licencia de construcción y a su trámite (Ver fls. 266, 267, 268, 273, 275, 276, 277, 281 y 282).

"Donde se establecieron los usos exclusivos de la ciudadela deportiva fue en el Decreto 074 de 1966, donde no se fijó un plazo para la construcción. Este se desprende de un estudio metódico llamado juventud año 2000 (ver cuaderno aparte), es decir son obras programadas para desarrollarse en lo que queda del siglo. Pero si esto resul-

tare poco, dos años después del precitado Decreto (septiembre de 1968) el Distrito reconoció expresamente en la constancia de la Secretaría de Educación (fl. 42). Que la Central había cumplido, y no de cualquier manera, *estrictamente lo dispuesto* en el Acuerdo 32 de 1961.

"En la sustentación del recurso y en este alegato, se demuestra el cumplimiento de mi representada a lo dispuesto en el Acuerdo 32 de 1961, la inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución 599 de 1982, y las razones jurídicas y de equidad que asisten para solicitar la revocatoria de la sentencia del honorable Tribunal, y en su lugar se acceda a nuestras pretensiones".

IV

Consideraciones de la Sala:

A) Dentro del proceso quedaron debidamente acreditados los siguientes hechos:

1º Que por Acuerdo número 32 de seis (6) de junio de mil novecientos sesenta y uno, el Concejo del Distrito Especial de Bogotá autorizó la cesión, a favor de la Central de Juventudes, entidad con personería jurídica reconocida por Resolución número 2061 de 12 de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), expedida por el Ministerio de Justicia (cuaderno número 1, fl. 7); del lote que se alinda en la Resolución impugnada, esto es, la número 599 de 22 de mayo de 1981.

2º Que en desarrollo de lo preceptuado en la normatividad anterior, el Personero del Distrito Especial de Bogotá, firmó la Escritura Pública número tres mil novecientos veintiséis (3926) de primero de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), pasada ante el señor Notario Noveno del Círculo Notarial de Bogotá, en virtud de la cual transfirió "... *a título de cesión gratuita en favor de la entidad denominada 'Central Católica de Juventudes'* ", el inmueble que en ella se determina.

El texto del referido Acuerdo se protocolizó con la escritura en comento, y en su artículo segundo se lee:

"Autorízase al Personero para que otorgue la correspondiente escritura de cesión a favor de la citada entidad, dentro de las siguientes condiciones:

a) El inmueble se destinará exclusivamente a la construcción de una ciudadela deportiva, en beneficio de la juventud del Distrito y no podrá ser enajenado ni dedicado a fines distintos a los deportivos;

b) La Central Católica de Juventudes se obliga a construir los campos para deporte previstos, dentro del plazo máximo de un año, contado a partir de la sanción de este Acuerdo;

c) En caso de incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en los literales anteriores, o en caso de disolución y liquidación de la Central Católica de Juventudes, el inmueble, junto con las mejoras que en él hubiere, revertirá al Distrito, quien lo destinará a las mismas finalidades deportivas" (Cuaderno Nº 1, fls. 231 y ss.).

3º La suficiencia del título traslaticio de dominio se demostró con el certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá, de cuya lectura se desprende que la Central Católica de Juventudes es actualmente la dueña del inmueble objeto de controversia (Cuaderno Nº 1, fl. 18).

4º A folios cuatro y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto de la Resolución número 599 de 22 de mayo de 1981 que a la letra reza:

"*Resolución número 599*

"(22 de mayo de 1981)

"Por la cual se revierte un globo de terreno al Distrito Especial de Bogotá.

"El Alcalde Mayor de Bogotá, D. E.,

"En uso de sus atribuciones legales y en especial de la que le confiere el Acuerdo número 32 de 1961, y

"*Considerando:*

"1º Que el Acuerdo número 32 de 1961 ordenó ceder a la Central Católica de Juventudes, institución de utilidad común sin fines de lucro, un lote de terreno de propiedad del Distrito, cesión que se protocolizó por medio de la Escritura Pública número 3926 de diciembre 1º de 1961, otorgada por la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, situado en el Bosque Popular, con una extensión de 17 hectáreas que se identifica con los siguientes linderos:

"Por el Oriente, en longitud de 367.00 metros, con la zona de la futura carrera 57;

"Por el Norte, en longitud aproximada de 472.00 metros, con terrenos del Bosque Popular;

"Por el Occidente, en extensión de 347.00 metros, con terrenos que fueron del Bosque Popular; y

"Por el Sur, en longitud aproximada de 492.00 metros con terrenos también del Bosque Popular.

"Este Acuerdo determina que el inmueble cedido se destinará exclusivamente a la construcción de una ciudadela deportiva en beneficio de la juventud del Distrito y no podrá ser enajenado ni dedicado a fines distintos a los deportivos.

"2º La Central Católica de Juventudes se obligó a construir los campos previstos, dentro de un plazo máximo de un año, contado a partir de la sanción de este Acuerdo, que en caso de disolución de la Central Católica, el inmueble junto con las mejoras que en él hubiere, revertirá al Distrito, quien lo destinará a las mismas finalidades deportivas.

"3º Que en visita practicada por la Comisión de Inventarios de Inmuebles de la Procuraduría de Bienes del Distrito se pudo observar que en este terreno se ha construido un edificio de un solo piso hacia el costado oriental, el cual consta de un salón múltiple y otras piezas

que sirven como dormitorios y baños. Además de esta construcción se encuentran dos pequeñas, que sirven para depósito y vivienda del celador. En el resto del terreno se encuentran unas canchas de fútbol, sin graderías ni construcción por el estilo, simplemente se ven las porterías instaladas sobre el terreno.

"4º Que si bien es cierto que existen las edificaciones y canchas anteriormente enunciadas, también lo es, de que ésto no se puede considerar como una ciudadela deportiva, ya que carece de la técnica y elementos propios para cumplir estas finalidades.

"5º Que teniendo en cuenta los puntos anteriormente expuestos, se considera que no está cumpliendo con los fines estipulados en el acuerdo y escritura de cesión.

"*Resuelve:*

"*Artículo primero.* Revertir al patrimonio del Distrito Especial de Bogotá, como bien de uso público el globo de terreno situado en el Bosque Popular, con una extensión de 17 hectáreas que se identifica con los siguientes linderos...".

"*Artículo segundo.* Los gastos notariales y de registro que ocasione la restitución al Distrito Especial de Bogotá del inmueble descrito en esta providencia correrán por cuenta de la Central Católica de Juventudes.

"Publíquese y cúmplase.

"Dada en Bogotá, Distrito Especial, a los veintidós (22) días del mes de mayo de mil novecientos ochenta y uno (1981).

"*Hernando Durán Dussán*

"Alcalde Mayor

"Secretario General *(firmado ilegible).*

"Secretario de Gobierno *(firmado ilegible)*".

B) Dentro del marco probatorio que se deja precisado en el punto anterior, la Sala encuentra que el señor Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, a través de la Resolución número 599 de 22 de mayo de 1981, decidió ejercer funciones asignadas exclusivamente por la ley a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, como es la de determinar si en un momento dado se han cumplido o no los presupuestos que permiten decretar la Resolución de los actos jurídicos. En efecto: Definir si la Central Católica de Juventudes cumplió o no con los deberes jurídicos que nacieron de lo estipulado en la Escritura número 3926 de 1961; si falló o no la condición positiva o se cumplió la negativa; si en el manejo de la conducta humana ella fue satisfecha o realizada con el manejo de la lógica de lo razonable, como se infiere de lo preceptuado en el artículo 1540 del Código Civil, es materia reservada a los jueces. Ni el Presidente de la República, ni los Gobernadores, ni los Alcaldes, pueden dejar sin efectos jurídicos lo estipulado en una escritura pública mediante simples resoluciones. Si en homenaje al cumplimiento de sus deberes consideran que las estipulaciones contractuales, en que tiene interés el ente que administran, no se han cumplido, deben demandar de la autoridad judicial corres-

pondiente el pronunciamiento respectivo, pero sin acudir al expediente de hacerse justicia a su sola voluntad, y mucho menos con la bandera de que el acto administrativo, que arbitrariamente han dictado, está amparado por la presunción de legalidad. Quienes así proceden deberían recordar siempre la frase de Erich Kaufmann, quien enseña: *"La ley sólo crea efectivamente derecho cuando no son lesionados ciertos principios jurídicos superiores"* (Citada de Karl Larenz. Derecho Justo. Fundamentos de Etica Jurídica. Editorial Civitas, pág. 157).

C) La sentencia impugnada es de una pobreza jurídica tal, que produce pesares en el alma. Imposible para el *ad quem* aceptar la tesis del *a quo*, quien frente a una escritura debidamente registrada, que tiene por objeto la cesión a título gratuito de un bien inmueble, concluye: "...en el caso de la cesión que nos ocupa *no se puede afirmar que este derecho real existe en cabeza de la institución demandante porque no hay contrato de venta a términos del artículo 1849 del Código Civil toda vez que no hay precio sino 'cesión gratuita'"* (Cuaderno número 1, pág. 74. Subrayado de la Sala). Olvida quien así razona que el artículo 745 del Código Civil precisa que son títulos traslaticios de dominio "...el de venta, permuta, donación, etc.". Más preocupante aún, que haya incurrido en el error de confundir el traspaso de un bien a título gratuito con el pago por cesión de bienes de que tratan los artículos 1672 y siguientes de la misma obra, y que transitando por ese sendero tratara de precisar si el Distrito Especial de Bogotá fue o no dedudor de la entidad demandante. Son confusas y erráticas todas las divagaciones que hacen en el siguiente párrafo:

"... quizás pudiera suponerse que la 'cesión', pudo haberse originado en la intención de producir la donación que regula los artículos 1443 y siguientes del Código Civil, porque ésta transfiere, gratuita e irrevocablemente, bienes de una persona a otra, sería una suposición incierta porque el motivo que indujo a la producción del Acuerdo 32 de 1961 y al contrato de cesión por Escritura Pública, su causa expresada, *no era la de donar un bien raíz, sino la de cederlo para destinar el inmueble 'a la construcción de una ciudadela deportiva, en beneficio de la juventud del Distrito', o en otras palabras la de ceder o transferir administrativamente el predio para la prestación en él de un servicio público de recreación y deportes populares mediante la construcción por el cesionario de una Ciudadela Deportiva".*

El sentenciador de instancia divaga sin orientación jurídica para incurrir luego en vivencias de contradicción. Sólo así se explica que recordando el alcance del artículo 1443 del Código Civil, que regula las donaciones entre vivos, busque luego la causa determinante que llevó al Concejo del Distrito a hacer la donación, para concluir, con la filosofía del absurdo, que el donante no tuvo intención de donar sino de ceder o transferir administrativamente el bien. Pareciera como si el *a quo* deseara que en la realidad el contrato celebrado no fuese el que en puridad de verdad se celebró, sino el que el sentenciador trata de pergeñar en el momento de desatar la litis. Hay vivencia de contradicción, enseña Carlos Cossio, cuando "...mi arbitrio pone en el substrato, un sentido diferente de aquél que mi conciencia comprende como el sentido propio del substrato. ...Debo decir que dos más dos son cuatro, y en cambio digo que son cinco; es decir que caigo en una contradicción conmigo mismo, porque yo estoy tanto en la

vivencia de lo que debo decir y no digo como en lo que digo. Mi yo vive, pues, una contradicción..." (El Derecho en el Derecho Judicial. Abeledo Perrot, 1959, págs. 158 y 159).

D) Vuelve a incurrir en vivencia de contradicción el Tribunal, cuando afirma, en la parte final de su proveído, que en el *sub lite* se encontró frente a una condición resolutoria expresa del contrato, para concluir afirmando, apoyado en cita jurisprudencial, que: "La condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial" (Casación, Sentencia de abril 7 de 1954, LXXVII, 364) (Cuaderno Nº 1, fl. 79). Olvidó el *a quo*, en ese momento de sustentación de fallo, que el pacto comisorio opera en la compraventa, acto jurídico que no fue el celebrado por el Distrito Especial de Bogotá con la Central Católica de Juventudes. Ignoró, igualmente, que unos párrafos antes, y en la misma providencia, había predicado que: "...no se puede afirmar que este derecho real existe en cabeza de la institución demandante porque no hay contrato de venta a términos del artículo 1849 del Código Civil toda vez que no hay precio..." Así las cosas, cabe preguntar: Si no hubo compraventa, como en puridad de verdad no la hubo, ¿qué sentido tiene tomar la normatividad de esta figura jurídica para aplicarla a otra y concluir mal? A manera de pedagogía jurídica la Sala recuerda que el llamado Pacto Comisorio no resuelve *ipso facto* el contrato, pues el artículo 1937 del Código Civil consagra:

"Artículo 1937. Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva *ipso facto* el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las 24 horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda".

La filosofía jurídica anterior lleva al profesor doctor Guillermo Ospina Fernández, a enseñar:

"...el régimen legal del pacto comisorio calificado consiste *en exigir la demanda judicial del contratante que pretenda hacer valer el pacto, en exigir la notificación de ella al demandado, y en concederle a éste un plazo de gracia de veinticuatro horas después de dicha notificación para hacer subsistir el contrato que se dice resuelto* ipso facto *mediante el pago del precio debido (art. 1937)*" (Régimen General de las Obligaciones. Cuarta Edición. Editorial Temis, págs. 522 y 523).

Como se puede apreciar, la resolución *ipso facto* de que habla la ley exige siempre demanda del interesado.

E) La resolución impugnada será, pues, revocada, porque a través de ella se desconoce el derecho de propiedad, se violan los derechos adquiridos y se ejercen por el funcionario de la administración facultades que no le corresponden. Una de las garantías esenciales de la concepción personalista del estado de derecho es precisamente la vinculación de todos sus órganos a la normatividad imperante. Por ello enseña Karl Larenz:

"La vinculación más intensa es la de la Administración, que es en primera línea, vinculación a la ley. La Administración interviene con más fuerza en la esfera vital de los ciudadanos singulares mediante órdenes individualizadas, mediante la concesión o la denegación de

autorizaciones y en algún caso mediante la coacción directa. El ciudadano es especialmente sensible hacia cualquier clase de *arbitrio*, de trato desigual de uno respecto de otro o de la real o supuesta utilización de puntos de vista personales en las decisiones. *Por ello el estado de derecho exige que la Administración sólo pueda actuar a costa del ciudadano particular con la base de un mandato legal, en el cual se fijen los límites de la intervención que se le permite. Ciertamente, las leyes conceden muchas veces a la Administración un cierto margen de arbitrio para poder tener en cuenta adecuadamente las particularidades de cada situación, pero sólo se puede hacer de este margen un uso que esté en consonancia con la finalidad de la ley y los principios generales del derecho y ante todo de los de igualdad y la proporcionalidad en el sentido e interdicción del exceso. Un proceder arbitrario le está siempre vedado.* La Administración, pues, está vinculada a la ley y, por encima de ésta, al derecho en el sentido de los principios que han encontrado expresión en la Constitución o que subyacen de un modo reconocible bajo las leyes" (Derecho Justo. Fundamentos de Etica Jurídica, págs. 165 y 166).

En otras palabras: El estado de derecho repele la orientación que pregona que él consiste lo primero en poder, lo segundo en poder y lo tercero también en poder. Igualmente, la tendencia muy marcada en ciertos funcionarios de la Administración a predicar: Esto es ilegal, lo sé muy bien, pero demande. Esta orientación produce nefastas consecuencias pues mientras se obtiene la decisión de la autoridad correspondiente, se consolida el fin torcido buscado fuera del marco de la ley. Por ese sendero la ciudadanía pierde la confianza en las instituciones y se genera, de contera, un estímulo para la justicia privada.

F) Se impetra en la demanda el pago de los perjuicios de orden material y moral ocasionados con la expedición y ejecución de la Resolución número 599 de 1981, pero resulta que ellos no fueron acreditados dentro del informativo. La realidad procesal demuestra que no hay una sola prueba orientada a tal finalidad. Pero es más: Manejando la lógica de lo razonable, es posible concluir que la Resolución impugnada no pudo producir ni debió generar ningún daño pues con apoyo en ella no era posible cancelar el registro de la Escritura Pública número 3926 de 1º de diciembre de 1961; ni hacer viable ninguna acción policiva posesoria o reinvindicatoria. La parte actora no ha podido perder, pues, su derecho de propiedad ni el goce de la cosa. Dentro de este marco lógico es concluir que en ningún momento se concretó un menoscabo a los derechos subjetivos de la parte actora. En otras palabras, no está probado que se hayan ocasionado lesiones a las facultades de disposición y goce del inmueble. Por ello enseña Jorge Peirano Facio, en su obra Responsabilidad Extracontractual, que: "...daño es la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo" (Obra citada, pág. 361. Editorial Temis 1981). La valoración fáctica y jurídica anterior explica que por la Sala no se haga la condena impetrada.

G) Solicitó también el actor que a título de restablecimiento del derecho vulnerado se hiciera la declaratoria de que la Central de Juventudes ha cumplido con las obligaciones que le impuso el Acuerdo número 32 de 1961, originario del Concejo de Bogotá. En este particular la Sala hará un pronunciamiento inhibitorio pues los deberes

jurídicos que en tal normatividad se recogen fueron objeto de estipulación contractual, como se desprende de la lectura de la Escritura Pública número 3926 de 1º de diciembre de 1961. Este acto jurídico es de naturaleza civil y no administrativa, lo que explica que no corresponde a esta jurisdicción hacer declaración alguna sobre tan importante particular.

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:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 6 de julio de 1984 dentro del proceso instaurado por la Central de Juventudes contra el Distrito Especial de Bogotá, radicación ante el *a quo* número 82D-1180 y ante el *ad quem* 4573, y en su lugar,

Resuelve:

Primero. Decrétase la nulidad de la Resolución número 599 de 22 de mayo de 1981, expedida por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, por medio de la cual dispuso "... revertir al patrimonio del Distrito Especial de Bogotá, como bien de uso público el globo de terreno situado en el Bosque Popular..." el cual se alinda en la misma, por las razones expuestas en los considerandos de la presente providencia.

Segundo. Inhíbese la Sala de hacer el pronunciamiento impetrado en el punto segundo, literal a) del *petitum*, por las razones expuestas en los considerandos de este proveído.

Tercero. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cuarto. No se hace condena en costas a cargo del Distrito Especial de Bogotá por razones de ley.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio César Uribe Acosta, Presidente de la Sala; *Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. AUTORIZACION LEGAL DE CELEBRACION. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO, O DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO (Según el caso) DE SI EL CONTRATO ESTA O NO AJUSTADO A DERECHO.

1º Bajo la Ley 167 de 1941. Artículo 253 y bajo el Decreto 01 de 1984, artículo 262.

2º Naturaleza del acto que lo declara o no ajustado a derecho. ACTO ADMINISTRATIVO: Razones jurídicas. CONTROL JURISDICCIONAL del acto que lo declara no ajustado a derecho. ACTOS ADMINISTRATIVOS. CONTROL JURISDICCIONAL. EXCLUSION DEL CONTROL. Así como la ley puede decir que actos son pasibles de recursos, así también puede excluir algunas, por razones especiales, del control jurisdiccional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4043. Apelación. Actor: Hotel Tonchalá S. A.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de abril 8 de 1983, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander denegó las súplicas de la demanda formuladas por la Sociedad Hotel Tonchalá S. A. concebidas en los siguientes términos:

"1ª Que son nulas las Resoluciones número 110 de marzo 12 de 1982 y 201 de abril 22 del mismo año, expedidas por el Alcalde Municipal de Cúcuta, en virtud de las cuales se declaró no perfeccionado y en consecuencia no se dejó ejecutar el contrato administrativo de concesión celebrado entre el Municipio de Cúcuta y la Sociedad Hotel Tonchalá S. A.

"2ª Que como consecuencia de la anterior declaración se ordena la ejecución del mencionado contrato por encontrarse perfeccionado dada la nulidad de los mentados actos administrativos, y se condene al Municipio de Cúcuta a pagar al demandante el valor de los perjuicios ocasionados por la inejecución del contrato, en la cuantía que se demuestre en el debate.

"3ª Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Como hechos, se narraron en síntesis:

a) Que el Municipio de Cúcuta abrió licitación para el montaje y explotación de un casino;

b) Que por oficio de 19 de noviembre de 1981 el señor Alcalde le comunicó a la firma demandante la adjudicación del contrato, recordándole, además, que debía cumplir los trámites de perfeccionamiento dentro de los 30 días siguientes;

c) Que el 1º de diciembre de ese mismo año se firmó el contrato de concesión, en virtud del cual la concesionaria adquirió el derecho a montar y explotar un casino internacional dentro de las instalaciones del Hotel del mismo nombre;

d) Que dicho contrato fue suscrito por los señores Alcalde de Cúcuta y el representante de la sociedad contratista;

e) Que enviado el contrato para su revisión al Tribunal Administrativo del Departamento, este organismo negó su aprobación en autos de diciembre 17 de 1981 y enero 27 de 1982; no impidiéndose su perfeccionamiento por cuanto dicho Tribunal no tenía competencia para el efecto y la Contraloría le había impartido ya aprobación a la fianza mediante Resolución número 504 de 7 de diciembre de ese mismo año;

f) Que en vista de lo anterior, la concesionaria inició las inversiones y remodelaciones para el funcionamiento del casino;

g) Que el 12 de marzo de 1982 el Alcalde de Cúcuta, mediante la Resolución número 110, dispuso que como el contrato no se había perfeccionado no podía ejecutarse, con lo que se estaba revocando, de paso, la decisión tomada por la misma administración según oficio 136-82 de febrero 22 de dicho año;

h) Que contra esa resolución se interpuso el recurso de reposición, con fundamento en la violación de la Constitución Nacional en su artículo 154; la Ley 7ª de 1981 y el Decreto 2733 de 1959; el que fue decidido mediante la Resolución número 201 de abril 22 de ese año de 1982.

En el mismo libelo se hizo la fundamentación jurídica en torno a los siguientes artículos 154 de la Constitución; 36 de la Ley 7ª de 1981 y 24 del Decreto 2733 de 1959.

Luego del trámite de la primera instancia, el Tribunal *a quo* denegó las súplicas de la demanda. Para el efecto, sostuvo:

"Procediendo al análisis de los textos denunciados, encontramos: 1º.

"a) El artículo 154 de la Constitución Nacional dice:

"En cada departamento habrá un Tribunal Administrativo. La ley determinará las funciones y el número de Magistrados. Las calidades, las asignaciones y el período de sus miembros serán los señalados para Magistrados de Tribunales Superiores (Acto legislativo número 1 de 1968, art. 49)".

La violación del artículo precitado no se ve en forma alguna para el caso que nos ocupa, jamás puede considerarse como concepto de la violación, pues lo que dice el actor:

"De conformidad con esta disposición era inobjetable que la Administración Municipal tenía que dejar a un lado el requisito de la revisión del contrato de concesión, exigido por el Código Fiscal Municipal de Cúcuta (un acuerdo del Concejo) y el mismo contrato, porque de aceptarse tal revisión se desconocería el mandato constitucional, ya que la competencia para este efecto se la estaría dando al Tribunal Administrativo un acuerdo del Concejo y un contrato, mas no la ley como lo manda la Carta".

Por estas razones este cargo no prospera.

"2º El artículo 36 de la Ley 7ª de 1981 dice: 'Los contratos distintos de los empréstitos que celebren los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, las Intendencias y Comisarías y los Municipios de cuantía superior a los cien millones de pesos ($ 100.000.000.oo), así como los que celebren las entidades descentralizadas del orden departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal de cuantía superior a doscientos millones de pesos ($ 200.000.000.oo), serán revisados por los respectivos tribunales administrativos para los efectos previstos en el artículo 260 del Código Contencioso Administrativo. Los valores expresados en este artículo se incrementarán en el porcentaje que fije anualmente por Resolución el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, y que deberá ser un número entero no inferior al 95% del aumento en el índice del costo general de construcción. *Parágrafo.* Los tribunales administrativos dispondrán de un plazo de un mes para pronunciarse sobre los respectivos contratos, y su incumplimiento será causal de mala conducta, para los Magistrados responsables' ".

El título de la Ley 7ª de 1981 corresponde al régimen de contratación de empréstitos internos no cabiendo ninguna otra interpretación o aplicación, de acuerdo con el mandato del artículo 92 de la Constitución que establece: "El título de las leyes deberá corresponder precisamente al contenido del proyecto.

"Si bien el artículo 38 de la Ley 7ª de 1981 deroga el artículo 260 de la Ley 167 de 1941 Código Contencioso Administrativo, dicha derogatoria no podrá hacerse extensiva a los artículos 242 a 259 inclusive que regulan la revisión de los contratos distintos a los empréstitos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo cual este cargo tampoco prospera.

"3º El artículo 24 del Decreto nacional número 2733 de 1959 dice:

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

"Aduce el libelista la violación del artículo precitado, aduciendo:

"Porque con la expedición de la Resolución número 110 objeto del recurso, en el fondo se estaba revocando en forma directa por la Administración por medio del Oficio número 136-82 del 22 de febrero de 1982, en virtud de la cual se daba por perfeccionado el contrato de concesión de explotación de un casino, celebrado entre el Municipio de Cúcuta y la Sociedad Hotel Tonchalá S. A. el 1º de diciembre de 1981.

"Le decisión tomada en forma unilateral por el Alcalde Municipal de Cúcuta por medio del Oficio número 136-82 de 1982, evidentemente reconoció un derecho concreto en favor de la sociedad Hotel Tonchalá S. A. y para dejarlo sin efecto, en forma legal, se requería el consentimiento expreso y escrito de su titular, y como éste no lo dio, la violación a dicha norma (Decreto 2733 de 1959, art. 24) es innegable".

"El actor plantea que la administración por medio del Oficio número 136-82 del 22 de febrero de 1982, *en virtud del cual se da por perfeccionado el contrato de concesión de explotación de un Casino, celebrado entre el Municipio de Cúcuta y la Sociedad 'Hotel Tonchalá S. A.' el 1º de diciembre de 1981. Texto que no corresponde en su transcripción, pues su texto exacto dice: Sic: 'Manifestamos a usted nuestra conformidad con la apertura del Casino el 1º de mayo próximo, para lo cual debe cancelar los derechos e impuestos respectivos oportunamente'.* Lo cual entraña una situación bien diferente a la planteada por el actor quien pretende el reconocimiento de un derecho concreto a favor de la Sociedad Hotel Tonchalá S. A. (El subrayado es de la Sala).

"Para resolver éste veamos qué es un acto administrativo.

Según Waline: "Todo acto jurídico unilateral de un administrador calificado, obrando en calidad de tal, y susceptible de producir efectos de derecho, es un acto administrativo".

El profesor Gustavo Penagos en su obra: El Acto Administrativo, dice: "El acto administrativo es la manifestación de la voluntad del Estado que crea, modifica o extingue una situación jurídica".

"Una simple comunicación como la transcrita no llena los requisitos de un acto administrativo en estricto derecho por estar condicionada a un contrato pues no crea por sí sola una situación jurídica particular y concreta, tan sólo manifiesta una conformidad a una situación de seguro planteada por el actor, pues de lo contrario el texto sería bien diferente pero jamás dando una conformidad para una fecha cierta; además los actos administrativos de los Alcaldes se denominan decretos y resoluciones, los cuales están sometidos al control de legalidad y desde luego son anulables por violación de normas superiores.

"En el caso de autos el derecho nace de un presunto contrato de concesión para el establecimiento de un Casino en el Hotel

Tonchalá, pero ocurre que el contrato tiene una cláusula concretamente la *décima* que establece:

"Perfeccionamiento del contrato. El presente contrato requiere para su perfeccionamiento, según lo establecido en el artículo 65 del Acuerdo número 9 de febrero 1º de 1978 'Código Fiscal del Municipio de Cúcuta', de la ejecutoria de la providencia del tribunal administrativo del Departamento de Norte de Santander que lo declare ajustado a la ley".

"De donde se concluye que el referido contrato no se había perfecciondo; toda vez que este Tribunal en providencia de diciembre 17 de 1981, se abstuvo de aprobar el contrato de cuya revisión se trata".

Apelada la decisión por la parte actora y cumplido el rito de la segunda instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Estima la señora Fiscal en su vista de 5 de agosto del presente año (a fls. 156 y ss.) que la demanda no está llamada a prosperar y merece ser confirmada la decisión del *a quo*. Al respecto conceptúa:

"El contrato que se estudia, teniendo en cuenta lo ordenado en el Código Fiscal de Cúcuta, requería para su perfeccionamiento la revisión del Tribunal Contencioso Administrativo y a ese requisito fue sometido, no encontrándose ajustado a la ley por carecer el Alcalde de la autorización legal para suscribirlo.

"Independientemente de la competencia del Tribunal para revisar el contrato, lo cierto es que tanto el Código Fiscal como el contrato mismo establecían el requisito de la revisión para el perfeccionamiento del convenio, no pudiendo ejecutarse antes de cumplir con esa exigencia. Creada la anterior situación. la administración ha podido someter el contrato a la aprobación del Concejo Municipal, para obviar así la carencia de autorización legal. Se desconoce por qué no lo hizo, en todo caso el contrato sin estar perfeccionado no podía ser ejecutado. Es de suponer, que ante la imposibilidad de obtener su aprobación, el Alcalde optó por dictar la Resolución número 110 de marzo 12 de 1982 declarándolo no perfeccionado, esto es, repitió mediante acto administrativo lo declarado en la providencia del Tribunal Contencioso Administrativo.

"Tenemos pues que estando en firme la providencia del Tribunal, que declaró no ajustado a la ley el mencionado contrato y no habiéndose perfeccionado, no era posible comenzar su ejecución. Si como afirma la sociedad actora, ella ejecutó obras en desarrollo de un contrato que aún no estaba perfeccionado, es asunto por el cual no puede imputársele responsabilidad alguna a la administración.

"En la demanda se afirma que la administración se comprometió al tomar la decisión de abrir el casino en una fecha cierta (ver fl. 20).

"La nota anterior que tiene fecha de febrero y en la cual el Alcalde le dice a la Sociedad Hotel Tonchalá que está de acuerdo

en la apertura del casino el día 1º de mayo, debe entenderse en el sentido de que antes debía buscarse el modo de obviar las observaciones formuladas por el Tribunal, pero en ningún momento debe dársele a esa comunicación el alcance de acto administrativo creador de derechos a favor del contratista, pues tratándose de una relación contractual, es lógico que cualquier derecho u obligación entre las partes, debe tener su origen precisamente en el contrato mismo y solamente después de que quede perfeccionado".

Para la Sala no asiste la razón a la parte actora y la argumentación de la fiscalía merece acatamiento en lo fundamental, como pasa a explicarse:

Está bien acreditado dentro del expediente:

a) Que el Municipio de Cúcuta abrió la Licitación número 001 para la celebración del contrato de concesión para el montaje y explotación de un casino (ver acta de apertura al folio 16);

b) Que el 13 de noviembre de ese año el Consejo de Gobierno del citado municipio adjudicó al Hotel Tonchalá S. A. el contrato aludido; decisión que le fue comunicada en Oficio de 19 del mismo mes (a fl. 19);

c) Que el día 1º de diciembre siguiente se suscribió el contrato correspondiente (a fls. 31 y ss.);

d) Que el contrato se sometió a la revisión del Tribunal Administrativo del Departamento; habiéndose negado éste a impartirle aprobación, tal como consta en auto de diciembre 17 del mismo año, confirmado en providencia de enero 27 de 1982;

e) Que mediante Oficio de febrero 22 de este último año el señor Alcalde se dirigió al Hotel Tonchalá en los siguientes términos: "Manifestamos a usted nuestra conformidad con la apertura del casino el 1º de mayo próximo, para lo cual debe cancelar los derechos e impuestos respectivos oportunamente";

f) Que mediante Resolución número 110 de marzo 12 de 1982 el Alcalde declaró, con apoyo en la decisión del Tribunal (literal d) precedente), "que el contrato suscrito por el Hotel Tonchalá S. A. el 1º de diciembre de 1981, para la explotación de un casino, no se ha perfeccionado y como tal no puede ejecutarse por carecer de validez legal";

g) Que el mismo funcionario mantuvo su decisión en la Resolución 201 de abril 22 siguiente.

Los hechos cronológicos narrados muestran que la administración municipal de Cúcuta expidió el acto impugnado, compuesto por las Resoluciones números 110 y 201 de marzo 12 y abril 22 de 1982, con apoyo en la decisión denegatoria de aprobación del contrato del casino, dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el día 17 de diciembre de 1981 y confirmada por el mismo en providencia de 27 de enero de 1982.

Muestra lo precedente una relación de causa o efecto entre la decisión del Tribunal y el acto impugnado. Relación que impone la

solución de los interrogantes que se proponen a continuación como presupuestos previos para la decisión final:

En primer lugar, ¿qué carácter tiene la providencia denegatoria del Tribunal? ¿Forma esa decisión un acto complejo con el acto de la Alcaldía, objeto de la impugnación? ¿Es idónea la demanda presentada, con la sola impugnación de las Resoluciones 110 y 201? Podía demandarse únicamente el acto del Tribunal?

En este orden de ideas, la Sala anota:

Disponía la Ley 167 de 1941, vigente a la sazón, en su artículo 253:

"El dictamen del Consejo de Estado que declare autorizado al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdicional. Por consiguiente, no podrá alegarse falta de autorización, si el Consejo ha dictaminado que existe, en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, o para abstenerse de cumplir alguna de su estipulaciones".

Esta norma, aunque referida al Consejo de Estado, también era aplicable al dictamen de los tribunales, por expreso mandato del artículo 259 de la misma ley.

Se anota, al margen, que el nuevo Código Administrativo mantiene, casi en idénticos términos, la misma previsión (art. 262 del C. C. A.).

Para la Sala, tanto el dictamen de esta Corporación (que le compete a su Sala de consulta, art. 98, numeral 1 *ibídem*) como el que emite el Tribunal al cumplir idéntico cometido, conforman un acto administrativo, cualquiera sea su conclusión final.

Y es un acto administrativo el que declara el contrato ajustado a la ley, no sólo porque culmina una actuación administrativa (la de su perfeccionamiento) en aquellos contratos que por la ley requieren esa revisión, sino porque la Sala de consulta de esta Corporación y el Tribunal, en su caso, al proferir su dictamen no actúan en ejercicio de su competencia jurisdiccional propia, sino que cumplen una actividad netamente administrativa, asginada por la ley. El hecho de que este acto no sea susceptible de control jurisdiccional, no le cambia su naturaleza.

Así mismo es un acto administrativo el que lo declara no ajustado a la ley de autorizaciones, porque en este evento se le pone fin a la actuación administrativa haciendo imposible la continuación de la operación contractual. Y su control jurisdiccional posterior no está prohibido en parte alguna.

Se hace la distinción porque tanto el artículo 253 de la Ley 167 de 1941 como el 262 del Código Contencioso Administrativo hablan sólo del acto que declara ajustado el contrato a la ley, pero nada dicen del que le niega su conformidad.

La interpretación racional de los textos permite afirmar que los organismos mencionados pueden proferir, según el caso, decisión afirmativa o negativa, cuando el contrato esté ajustado a derecho o no, en lo atinente a las autorizaciones. Esto se entiende a *contrario sensu*,

puesto que los dispositivos mencionados al señalar expresamente que el dictamen favorable no tendrá control jurisdiccional, está dando a entender que el denegatorio sí será susceptible de dicho control.

Estima la Sala que al prohibir ese control no está la ley jurisdiccionalizando esa decisión o dándole el efecto de cosa juzgada en estricto sentido, sino que simplemente está excluyendo esa decisión del control jurisprudencial.

Y así como la ley puede decir qué actos administrativos no son pasibles de recursos, así también puede excluir algunos, por razones especiales, del control jurisdicional. Recuérdese como antecedente el artículo 73 de la Ley 167 de 1941 o el actual artículo 82 del Decreto 01 de 1984.

Aunque esta exclusión no es lo ideal (el acto administrativo por el solo hecho de serlo deberá ser susceptible de control jurisdiccional) la excepción no está prohibida y menos como en el caso analizado en el que está bien justificada.

El legislador parte del supuesto de que si el mismo Consejo o Tribunal (que actuando en esfera jurisdiccional serán los jueces del contrato) estima que el contrato se ajusta al régimen de autorizaciones, no tiene sentido el permitir el cuestionamiento posterior de idéntico extremo ante tales organismos.

Además, dado que la decisión afirmativa abre la puerta a la etapa de ejecución del contrato, la apertura de un control jurisdiccional podría entorpecer el desenvolvimiento del mismo.

En cambio, la impugnación del acto que niega la revisión no tiene esos obstáculos, precisamente porque impedirá la continuación de la operación contractual. Y su debate posterior no interferirá el accionar administrativo.

Existe además una razón formal para calificar el dictamen que se ha venido analizando como acto administrativo y no como sentencia y es la de que cuando el organismo revisor declara que el contrato no se ajusta a la ley, lo así decidido será susceptible del recurso de reposición. La procedencia de éste deja ver que el legislador no pensó darle el alcance de sentencia, porque este acto jurisdiccional no es reponible en el ordenamiento jurídico colombiano.

Definida la naturaleza de acto administrativo que tiene la decisión denegatoria del Tribunal y vista la consecuencia que produjo en el caso concreto (la expedición de las resoluciones impugnadas), hay que concluir que su impugnación tenía que ser conjunta. La relación de causa a efecto existente y la concurrencia de las voluntades tendientes a un mismo fin que conforman una unidad compleja, corroboran este aserto.

Las consecuencias del rompimiento de esa unidad y su impugnación separada son fácilmente inteligibles frente al contrato. Baste pensar que la misma prosperidad de la demanda aquí estudiada dejaría en pie el motivo de nulidad del contrato, constituido por la no revisión del Tribunal. Y si se hubiera demandado la sola decisión de éste, el obstáculo para la ejecución del contrato estaría en el acto del Alcalde.

No entiende esta Sala por qué la parte actora hizo ese fraccionamiento, estando como estaba convencida de que la decisión del Tribunal era ilegal.

La Sala no entra a cuestionar el acto del Tribunal, porque éste no fue impugnado. Este vacío hace que el fallo deba ser inhibitorio por ineptitud de demanda.

En estas condiciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Declárase inhibido para fallar de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 21 de mayo de 1987.

Julio César Uribe Acosta, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

DERECHO URBANO. Objeto. CIUDAD. Concepto. PROPIEDAD. Función social. LICENCIAS DE CONSTRUCCION. Requisitos (Ley 66 de 1968 y Decreto-ley 2610 de 1979). DEMOSTRACION DEL DOMINIO DEL INMUEBLE.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 105. Actor: Omar Edgar Borja Soto.

Antecedentes:

Por apelación ha llegado a conocimiento del Consejo de Estado la sentencia proferida el 10 de diciembre de 1984 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y mediante la cual fue declarada la nulidad de las siguientes disposiciones contenidas en el Decreto número 2443 de 1982 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá:

La expresión "el propietario y" y el numeral 3º del artículo 11; la expresión "autoriza al propietario de un predio y" del artículo 12; el término "el propietario y" del inciso primero del artículo 43; y la expresión "y que la propiedad del predio esté definida", que aparece en el parágrafo del artículo 44.

La verdad es que el actor Omar Edgar Borja Soto, en acción pública demandó la nulidad de las siguientes disposiciones contenidas en el Decreto 2443 de 1982 y que conviene transcribir:

"a) *Artículo 3º* El permiso preliminar de obra será la constancia expedida por la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas, de la radicación de la documentación requerida para la expedición de la Licencia de Construcción, salvo aquellos documentos que se requieren únicamente para efectos de archivo.

"*Artículo 11. Requisitos para la aprobación de planos arquitectónicos.* Para solicitar la aprobación de planos arquitectónicos *(el propietario)* y el proyectista deberán presentar la siguiente documentación:

"3. Fotocopia autenticada de la escritura de propiedad del predio.

"*Artículo 12.* La licencia de construcción es el acto administrativo por medio del cual la Secretaría de Obras Públicas *autoriza al propietario de un predio* y al constructor responsable, para adelantar obras de construcción.

"*Artículo 15. Requisitos para la obtención de la licencia de construcción.* La solicitud de licencia, deberá contener la siguiente documentación:

"2. Los documentos que establece el artículo 11 o los planos debidamente aprobados.

"*Artículo 27.* Inciso 3º. *El propietario* de una agrupación o conjunto de tres (3) o más unidades antes de proceder a la venta de cada una de ellas, deberá...".

"*Artículo 43.* Durante la ejecución de la obra, *el propietario* y el constructor responsable, deberán mantener en ésta, copia de los planos arquitectónicos aprobados y de la licencia de construcción o el permiso preliminar...".

"*Artículo 44.* Parágrafo 1. Este procedimiento podrá ser aplicado en aquellos desarrollos que cuenten con plano de loteo aceptado cartográficamente por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital y *que la propiedad del predio esté definida*".

Fundamentalmente la demanda sostiene que las disposiciones acusadas son nulas porque otorgan el derecho para obtener licencias de construcción dentro del área del Distrito Especial de Bogotá a quienes acrediten la calidad de propietarios, en perjuicio de quienes no lo sean, y de manera especial, a los simples poseedores, a quienes sólo tienen expectativas de derechos, a quien espera la adjudicación de un bien en proceso de sucesión o a quienes se hallan frente a derechos litigiosos.

Los poseedores, sostiene, conforme a las prescripciones del Código Civil y de manera especial frente a los artículos 762, 954, 965 y 966, por ser reputados dueños mientras otra persona no acredite serlo, deben considerarse como tales y, en consecuencia, pueden desarrollar actividades dentro del campo de la construcción de viviendas, sin que la autoridad administrativa esté en capacidad de impedirlo, exigiendo una calidad, la de propietario, que la ley no exige, mucho menos cuando el mismo Código Civil señala como una de las maneras legítimas de hacer ostensible la posesión, la construcción de edificios y otros hechos de igual significación.

La sentencia, como quedó anotado, aceptó la argumentación central de la demanda y procedió a declarar la nulidad de las expresiones que en el Decreto del Alcalde Mayor hacen alusión a los propietarios y a los títulos de propiedad, como exigencia previa a la concesión de licencias.

En esta segunda instancia, una vez reconstruido el proceso conforme a lo previsto por el Decreto legislativo 3825 de 1985, el señor Agente del Ministerio Público solicita revocar el fallo del *a quo* y en su lugar negar las súplicas de la demanda, por considerar que el fallo apelado, al conceder "parte de las pretensiones de la demanda... so pretexto de proteger la posesión, desprotege al propietario, que es un poseedor de buena fe e inscrito". De igual manera, considera que las disposiciones anuladas son legales porque expresan el poder regulador del desarrollo urbano, que ha sido atribuido a las autoridades locales.

Como no aparece causal de nulidad que pueda afectar la actuación, se procede a decidir en el fondo, previas las siguientes

Consideraciones:

No son ciertamente muchas las disposiciones legales que regulan y, sobre todo, que autorizan a las autoridades locales para señalar con toda precisión los deberes y obligaciones de los particulares, así como sus derechos, en materia de participación en el desarrollo urbano. El crecimiento descomunal de las ciudades intermedias y de las megalópolis tiene entre sus problemas fundamentales, el desorden en la construcción de barrios, urbanizaciones y viviendas en general, sin que la ciencia jurídica, en el caso colombiano, se haya preocupado en la medida de lo deseable, por señalar en disposiciones claras y precisas esa que ha dado en denominarse en otras latitudes el "derecho urbano" y que tiene por objeto, precisamente, conducir el inevitable crecimiento de las ciudades, por cauces de racionalización, orden y planificación.

Como anota Vidal Perdomo, "... La ciudad es un hecho colectivo que condiciona la vida de todos sus habitantes. La consecuencia jurídica es que no se puede confiar a los intereses particulares las decisiones sobre los hechos colectivos. La ordenación urbanística surge, entonces, como una función pública; es el Estado el que debe determinarla, no puede estar librada a la conveniencia del propietario de realizar cualquier obra en su terreno.

"La utilización de un suelo, de un solar, su extensión, su densidad, el destino de los barrios, la relación con el entorno, etcétera, no puede quedar dependiente exclusivamente del espíritu de ganancia, que agota los terrenos en perjuicio de los demás empleos de benificio comunitario.

"Estas exigencias colectivas van alejando el derecho de las ciudades de los principios que dominaron el Código Civil, hecho para el esplendor de la concepción individualista de la propiedad. En este estatuto lo fundamental era la tierra; todo lo atraía. En la ciudad, ésta tiene un valor instrumental, está destinada a soportar una construcción; pero el aprovechamiento urbano (calles, plazas, parques, barrios, servicios, destino de fondos, construcciones, volúmenes, altura, etcétera), hacen parte de las decisiones públicas y no del simple querer del titular de un derecho" (Temas Municipales y Regionales, Ediciones Rosaristas. 1985, pág. 253).

Resulta además curioso que no obstante el cambio profundo introducido por la reforma constitucional de 1936 al concepto clásico de la propiedad contenido en el Código Civil, sólo las leyes que se relacionan con la propiedad rural hayan desarrollado el concepto de la función social, mientras que la propiedad urbana, en términos generales, sigue siendo objeto de regulaciones arcaicas, francamente incompatibles con los requerimientos de los tiempos modernos y con las urgencias de las ciudades, en las cuales el problema habitacional es cada vez más dramático a consecuencia del éxodo de campesinos hacia las urbes, sin objetivos concretos, sin planes a desarrollar, sin espacios fácilmente habitables para satisfacer sus necesidades fundamentales.

Se impone pues la necesidad de legislar sobre estas materias, para autorizar profunda y extensamente a los municipios y obviamente al Distrito Especial, a fin de que afronten con éxito esta problemática, apoyados en normas claras que permitan un manejo del suelo sin las trabas y los inconvenientes que hoy existen, desprendidos de una legislación anacrónica.

Con todo, el presente caso permite descubrir cómo, si bien son pocas las disposiciones que regulan la materia, existen algunas normas legales que establecen restricciones e imponen deberes a los constructores, a la vez que autorizan a las entidades locales para precisar esas limitaciones y para encauzar las actividades de quienes desarrollan planes y programas de urbanización o de quienes simplemente se proponen construir o hacer construir su vivienda.

Para situar el debate en el punto que le corresponde, lo primero que vale la pena observar es la orientación general del Decreto 2443 de 1982, dentro del cual aparecen las normas demandadas. Dicho estatuto tiene por objeto reglamentar la aprobación de los planes arquitectónicos y la expedición de las licencias de construcción en sus aspectos simplemente procedimentales en relación con la construcción de edificaciones que se adelanten dentro del área del Distrito Especial de Bogotá. Con tales propósitos, el artículo primero hace objeto de la regulación todos los predios que se hallen dentro del territorio distrital en los cuales los particulares deseen adelantar obras de construcción de edificaciones, trátese de obra nueva o simplemente de remodelación, adecuación, reformas o ampliaciones en las construcciones existentes. De manera que las prescripciones del Decreto no se limitan a los predios localizados en urbanizaciones, sino que hacen parte de sus regulaciones y normas, también los que resultan situados por fuera de dichos planes urbanísticos. Por ello dice en lo relacionado con este aspecto: "Son objeto de la presente reglamentación todos los predios, urbanizados o no, dentro del área del Distrito Especial de Bogotá..."

Ahora bien, de los predios situados en urbanizaciones se ocupan distintas normas legales, entre las cuales conviene destacar la Ley 66 de 1968 y el Decreto-ley 2610 de 1979, reformatorio de varios artículos contenidos en aquella. En dichos estatutos se señalan exigencias frente a los urbanizadores y constructores de viviendas, relacionadas específicamente con el derecho de propiedad, en el sentido de ordenar la demostración de éste, por medio de la exhibición de los títulos en que aparezca, con el objeto de acreditar por este medio de los requisitos necesarios para poder llevar a cabo y culminar sus planes o programas de construcción y edificación. Así, por ejemplo el artículo 9º de la Ley 66 de 1968 establece cómo, cuando "los terrenos en los cuales se va a adelantar el plan de urbanización o construcción no pertenezcan a la persona que solicita el permiso, el propietario de los mismos deberá coadyuvar la solicitud..."; el artículo 4º del Decreto-ley 2610 exige, entre los requisitos que debe acreditar el interesado en la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, situados en proyectos que comprendan cinco o más unidades habitacionales, para obtener de la Superintendencia Bancaria el permiso de enajenación, que acredite la propiedad y libertad del terreno y que se haya obtenido la respectiva licencia para la ejecución de las obras de urbanismo o para

la construcción de las viviendas de conformidad con las disposiciones locales (numerales 4º y 5º).

El mismo texto del artículo 4º en cita, indica que la resolución por medio de la cual se otorga el permiso de la Superintendencia debe ser inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva y agrega: "El Registrador... al certificar la libertad del inmueble, advertirá la circunstancia de estar afecto o no a planes de urbanización o construcción de vivienda". La conjunción de los artículos mencionados y su debida armonización ponen de presente cómo, cuando de programas urbanísticos se trata, la actividad de los urbanizadores en relación con los inmuebles que serán objeto de los planes, ha de cumplirse o desarrollarse en predios que sean propiedad privada, no sólo presunta, sino demostrada a través de los medios que la legislación tiene establecidos, como son el título y el modo. De manera que un simple poseedor no estará en condiciones de adelantar un prospecto como los indicados en las normas citadas, porque no basta la simple tenencia con ánimo de señor y dueño para que tal actividad pueda adelantarse legítimamente. Esta restricción eventualmente implica una limitación al ejercicio de la posesión consagrada en el artículo 762 del Código Civil; limitación que pudieron establecer la norma contenida en la Ley 66 de 1968 y aquellas que la complementan, por cuanto son disposiciones de igual jerarquía a las del Código Civil, con capacidad por tanto, para reformar los principios consagrados en este último, con el objeto de adecuar mejor sus prescripciones a los nuevos ordenamientos impuestos por la función social de la propiedad y por las urgencias del desarrollo urbano.

Sin embargo nada dijeron las disposiciones legales sobre los casos relacionados con inmuebles que no hagan parte de urbanizaciones o que no se integren en por lo menos cinco unidades habitacionales, según dice el artículo 2º del Decreto-ley 2610 de 1979, de donde se desprende que para tales eventos no serán aplicables las exigencias sobre títulos de propiedad y libertad de los inmuebles, si bien, los poseedores deberán cumplir todas las demás exigencias contenidas en las disposiciones correspondientes.

Precisado lo anterior, resulta necesario examinar concretamente los artículos acusados para determinar si se ajustan o no a normas de superior jerarquía.

El artículo 3º, que se limita a definir en qué consiste el permiso preliminar de obra, en nada ataca o desconoce los derechos de quienes en una determinada circunstancia soliciten la expedición de licencias de construcción, y por consiguiente no puede tacharse de ilegal.

Los artículos 11, 12, 15, 27 y 43, parten del supuesto de que quien solicita la licencia para construir obra nueva o para remodelar, reconstruir o introducir reformas, es el propietario y, en consecuencia, no se ve por qué razón a éste no pueda exigirse la exhibición de su título de propiedad. En efecto, las disposiciones preveen: Para solicitar la aprobación de planos, el propietario deberá presentar fotocopia autenticada de la escritura de propiedad del inmueble (art. 11, numeral 3); la licencia autoriza al propietario de un predio para construir (art. 12); la solicitud de licencia deberá anexar la documentación que indica el artículo 11 que, como se vio, se refiere a las solicitudes de

propietarios (art. 15); el propietario de una agrupación o conjunto de tres o más unidades de vivienda, deberá cumplir una serie de requisitos antes de vender dichas unidades (art. 27, inciso 3º); el propietario, durante la ejecución de la obra, deberá mantener en este sitio los planos aprobados y la licencia de construcción (art. 43).

Como puede observarse de la lectura y consideración sobre los textos anteriores, el Decreto objeto de esta demanda no está restringiendo el derecho a solicitar licencias para hacer posible esta gestión sólo a los propietarios, sino que, cuando se trata de diligencias hechas por estos y no por personas que tengan otra relación de derecho o de hecho con el inmueble de que se trate, deberán dar la prueba de la calidad en que obran, y como tal calidad es la de dueños, nada impide que la autoridad administrativa exija los títulos de dominio para cerciorarse de que la condición de propietarios alegada por el solicitante se halla acreditada.

Suprimir la expresión "propietario" en todos los artículos citados, como lo hizo el Tribunal Administrativo, es partir del supuesto equivocado que plantea el demandante, a saber, que se exige ser propietario para conseguir la licencia, cuando, como se anotó, el planteamiento es al contrario: El propietario, por ser tal, en los eventos allí previstos, solicita la licencia con base, entre otros requisitos, en que es dueño. Entendida así las disposiciones acusadas y teniendo también en consideración lo que anteriormente se anotó cuando se trata de urbanizaciones, el Decreto resulta ser un lógico desarrollo de las previsiones contenidas en los estatutos legales, en los cuales sí se establece expresamente la obligación de acreditar la propiedad y la libertad del inmueble correspondiente para adelantar los programas urbanísticos.

Por su parte el parágrafo 1 del artículo 44 faculta a la Secretaría de Obras Públicas del Distrito para expedir licencia de construcción en relación con lotes individuales localizados en desarrollos incompletos, a través del procedimiento que en la primera parte del artículo se establece. Pero es indispensable que se trate de lotes situados en desarrollos incompletos que cuentan con plano de loteo aceptado cartográficamente por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital. El texto pide que, además, la propiedad del predio esté definida. Ahora bien, el predio a que se refiere el texto es obviamente el de mayor extensión dentro del cual se encuentra situado el lote materia de la solicitud de licencia. Y como de conformidad con la Ley 66 de 1968 y el Decreto-ley 2610 de 1979, cuando se trata de planes o proyectos de urbanización, es necesario acreditar la propiedad, y aquí precisamente el Decreto 2443 de 1982 dictado por el Alcalde Mayor, trata de desarrollos incompletos para los cuales exite plano de "loteo", es indudable que la demostración del dominio del inmueble materia del "loteo" está bien exigida por la disposición acusada.

Todos los razonamientos anteriores conducen a establecer que el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá no incurrió en ninguna transgresión legal al dictar las normas acusadas y que hacen parte del estatuto procedimental para otorgar licencias de construcción y aprobar planos arquitectónicos de construcciones que deban levantarse en el territorio de su jurisdicción.

En razón 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. Revócase la sentencia dictada el 10 de diciembre de 1984 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por medio de la cual decretó la nulidad parcial de algunas normas contenidas en el Decreto número 2443 de 1º de diciembre de 1982 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

Segundo. Niéganse las pretensiones de la demanda.

Tercero. Sin costas.

Notifíquese.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha ocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez, Salvó voto (corregir extracto).

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DERECHO URBANO. ACTIVIDADES DE ENAJENACION DE INMUEBLES (Salvamento de Voto).—

1. Campo de aplicación de la Ley 66 de 1968, según la modificación del artículo 1º del Decreto 2610 de 1979. OTORGAMIENTO DE CREDITOS PARA LA ADQUISICION DE LOTES O VIVIENDAS, O PARA LA CONSTRUCCION DE LAS MISMAS.

2. Como regla general quedan comprendidas dentro del ámbito de la Ley 66 y el Decreto 2610, los DESARROLLOS DE URBANIZACION, PARCELACION DE PREDIOS Y PROPIEDAD HORIZONTAL sobre la base de proyectarse cinco o más "unidades habitacionales", en relación con las cuales se exige la TITULARIDAD DEL DOMINIO. DERECHO DE DOMINIO. El artículo 672 del Código Civil reputa dueño al poseedor mientras otra persona no justifique serlo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO

DOCTOR SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Expediente número 105 (Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo*).

Bogotá, D. E., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Disiento del fallo de 8 de mayo de 1987 aprobado por decisión mayoritaria, por las razones que a continuación expongo:

I. Antecedentes:

1. El alcance del Decreto número 2443 de 1º de diciembre de 1982 del Alcalde de Bogotá, D. E., materia de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es de alcance *general*, pues por él "se reglamenta la aprobación de planes arquitectónicos, la expedición de las licencias de construcción y se deroga el Decreto 1657 de 1982", y según su artículo 2º:

> "Son objeto de la presente reglamentación *todos* los predios, *urbanizados* o no, dentro del área del Distrito Especial de Bogotá, en los cuales se desee adelantar obras de construcción de edificaciones, ya sean *obra nueva, remodelación, adecuación, reformas sustanciales o ampliaciones*".

2. Los textos demandados del Decreto son los que incluyen la palabra *"propietario"*.

3. Es presupuesto de la sentencia para llegar a la conclusión de revocar la sentencia del Tribunal el de que la condición de "propietario" se halla en consonancia con lo prevenido en la Ley 66 de 1968 "por la cual se regulan actividades de urbanización, construcción y crédito para la adquisición de viviendas y se determina su inspección y vigilancia", y el Decreto-ley 2610 de 28 de octubre de 1979, que modificó algunos textos de aquella.

II. Consideraciones:

1. El campo de aplicación de la Ley 66 de 1968, según la modificación del artículo 1º del Decreto 2610 de 1979, se concreta a *las actividades de enajenación* de inmuebles "destinados a *vivienda* y sobre otorgamiento de créditos para las adquisición de lotes o viviendas o para la construcción de las mismas" (art. 1º).

Y en el artículo 2º se detallan cuales son esas actividades de enajenación de inmuebles, prescribiéndose en su parágrafo lo siguiente:

> "La actividad de enajenación de inmuebles a que se refiere el presente artículo se entiende desarrollada cuando las unidades habitacionales proyectadas o autorizadas por las autoridades metropolitanas, distritales o municipales, sean cinco (5) o más".

El título de propietario se requiere en el adelantamiento de tales enajenaciones.

2. Lo expuesto en el numeral 1 precedente quiere decir, que como regla general quedan comprendidas dentro del ámbito de la Ley 66 y el Decreto 2610, los desarrollos de urbanización, parcelación de predios, y propiedad horizontal sobre la base de proyectarse cinco o más "unidades habitacionales", en relación con las cuales se exige la *titularidad del dominio.*

Luego quedarían por fuera muchas otras actividades:

a) Las de ordenamientos anteriores, cuando las unidades habitacionales sean menores de cinco (5);

b) Cuando las edificaciones no estén destinados a vivienda, cualesquiera sea el número de unidades, sino a otros menesteres: Como construcción de locales comerciales, parqueaderos, colegios, etc.

3. Luego al ser de contenido general el Decreto enjuiciado, la expresión *propietario* que utilizó en los textos acusados, únicamente a lo sumo podría cobijar a los desarrollos urbanísticos y a otros de la Ley 66 y el Decreto 2610, según lo visto, que exigen la calidad de dueño, pero no extenderse a *otras actividades* diferentes, como serían las de los literales a) y b) del numeral 2 precedente y seguramente las de otros casos que se escapan, en todas las cuales un poseedor que quisiera adelantarlas no podría hacerlo en virtud del Decreto del Alcalde.

De otro lado este último no contempla entre sus fundamentos legales la Ley 66 y el Decreto 2610.

4. Esta aplicación general del Decreto demandado en donde no se hace ninguna distinción sobre las obras de edificación y de antemano se califica que el permiso correspondiente deba solicitarlo el propietario, a su vez desconoce normas del Código Civil. Por ejemplo:

El artículo 762 quinta esencia del derecho de dominio, que reputa dueño al poseedor mientras otra persona no justifique serlo.

El artículo 981 que para fines de la prueba de la posesión del suelo, entre "los hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho del dominio" incluye "la construcción de edificios". Al exigir para la construcción la calidad de propietario en todos los casos, como lo prescribe el Decreto del Alcalde, privará precisamente al poseedor de ejercer actos del tal y con ello adquirir a lo largo del tiempo el derecho de propiedad. Como bien lo advierte la demanda:

> "La posesión es un derecho que está tutelado jurídicamente y que está siendo desconocido por las normas acusadas. De tal suerte que quien pretenda construir, modificar una construcción, realizar mejoras, etc., en un predio que tenga en posesión o a otro título diferente del dominio, tendría que esperar 20 años, luego iniciar un proceso de pertenencia con miras a obtener el dominio por prescripción y luego iniciar los trámites de licencia para construir, lo cual es absurdo injusto e inequitativo".

5. Como consecuencia de lo anterior, el Decreto del Alcalde debe ser anulado en los textos propuestos en la demanda, como acertadamente lo hizo el Tribunal. Esta es la solución que impone la técnica procesal y la lógica jurídica. Y no la contraria a que llega la sentencia de la cual me separo, esto es, que porque la Ley 66 y el Decreto 2610 contemplan para los desarrollos urbanísticos a que los mismos se refieren, el carácter de *dómine* de los predios, cuando se habla en el Decreto del Alcalde de "propietario", se está refiriendo esta expresión a los casos de esos dos ordenamientos jurídicos. No. Esta inferencia no puede hacerse porque precisamente, como se ha dejado explicado, el Decreto del Alcalde es de alcance general y en ninguna parte hace la distinción comentada; pues, por el contrario explica que se aplica a "todos los predios urbanizados o no".

Salta a la vista así un ostensible vicio de razonamiento deductivo que desconoce la estructura del silogismo, porque la conclusión rebasa el contenido de las premisas.

El Decreto del Alcalde entonces no debe hacer la calificación de "propietario" y al así proveer, deviene ilegal.

Respetuosamente,

Simón Rodrigue Rodríguez.

RESTITUCION DE INMUEBLES POR AUTORIDADES DE POLICIA (Nulidad. Confirmación). —

Requisitos exigidos por el artículo 132 del C. N. de P. BIENES DE USO PUBLICO Y BIENES FISCALES. Diferencias.

Nulidad (Confirmación) de las Resoluciones 004 de 17 de febrero de 1983, de la Alcaldía Menor de la Candelaria y 278 de agosto del mismo año, de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *José Joaquín Camacho Pardo.*

Expediente número 54. Actor: Graciliana Díaz de López.

Viene este asunto al Consejo de Estado, en virtud de apelación concedida a la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra la providencia de fecha 29 de julio de 1985, en virtud de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad de las Resoluciones números 004 de 17 de febrero de 1983, de la Alcaldía Menor de la Candelaria y 278 de 9 de agosto del mismo año, de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

El recurso jerárquico tuvo en el Consejo el trámite que le es propio, dentro del cual la Fiscalía Primera pide en su vista de fondo que se confirme la sentencia apelada.

Consideraciones de la Sala:

Los actos acusados, en acción de plena jurisdicción que contemplaba el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo anterior, son las Resoluciones números 004 de 17 de febrero de 1985, proferida por al Alcaldía Menor del barrio de la Candelaria, Zona 17 del Distrito Especial de Bogotá y la Resolución 278 de fecha 9 de agosto de 1983, dictada por el Alcalde Mayor de esta ciudad, para confirmar la primera, por vía de apelación, ratificando así la orden dada "a los señores Graciliana Díaz de López y demás familiares de ésta", de hacer "la entrega del inmueble ubicado en la carrera 3ª número 10-49, de la nomenclatura del Distrito...".

Como antecedente de esta controversia, debe anotarse que la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, creada por medio del Acuerdo número 12 de 1970 del Concejo de Bogotá, mediante escritura pública número 6756 de 8 de octubre de 1973, de la Notaría 4ª del Círculo de

Bogotá, compró, a título de venta, el inmueble ubicado en la carrera 3ª número 10-49 de esta ciudad, el cual venía siendo ocupado de tiempo atrás, por los familiares del señor Gonzalo López Burbano.

Es así, como en la petición que dio origen a la decisión que se adoptó en los actos acusados, la señora directora ejecutiva de la Fundación, manifiesta al Alcalde Menor de la Candelaria, que requiere la desocupación del inmueble, "para poder ampliar sus instalaciones y con ello sus actividades sociales, finalidad que se ha entorpecido, dado que los ocupantes se negaron a entregarlo voluntariamente..."

Y, más adelante la misma interesada y representante legal de la Fundación, anota que "el inmueble objeto de la restitución había sido arrendado por la señora Olga Rey C. al señor Gonzalo López Burbano, personas ya fallecidas, pero este contrato se encuentra terminado unilateral y administrativamente por decisión de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, basada legalmente en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 411 del Código Fiscal Distrital..."

De otra parte, es pertinente anotar aquí que el señor Alcalda Mayor del Distrito Especial de Bogotá, en la parte considerativa de la resolución confirmatoria de la decisión adoptada por la Alcaldía Menor de la Candelaria, hace en el punto 3º, la siguiente afirmación categórica:

"La Alcaldía jamás es competente para ordenar la restitución y el lanzamiento de sus moradores, por cuanto estas atribuciones legales son de la exclusiva competencia de la justicia ordinaria. Las autoridades de policía solamente están facultadas para lanzar, en el caso de invasiones y ocupaciones de hecho..." (fl. 19).

En la misma fundamentación del acto acusado, también se hace la anotación de que "mediante Oficio número 0019 de 12 de enero de 1983, el Procurador de bienes del Distrito, en respuestas a los Oficios número 011 y 012 de 1983, manifestó a la Alcaldía Menor de la Candelaria, que el inmueble de la carrera 3ª número 10-49 y calle 10 números 3-24 y 3-36, son bienes fiscales..."

Los cargos formulados en la demanda, pueden presentarse a manera de síntesis, en la forma que sigue:

Los actos acusados disponen la restitución del inmueble, "previo el trámite establecido en el artículo 132 del C. N. de P.", norma ésta que faculta a las autoridades de policía "para dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de 30 días", cuando quiera que se establezca que "se trata de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales para el paso de tren".

Pero el inmueble de propiedad de la Fundación no tiene el carácter específico de bien de uso público sino de bien fiscal "que no admite la restitución solicitada por la querellante..."

Por lo que considera el demandante que los actos acusados violan, además de las normas constitucionales que cita, los artículos 674 y 633 del Código Civil; la primera norma, en cuanto que distingue claramente los bienes de uso público de los bienes fiscales y, la segunda dispo-

sición en cuanto que establece que las fundaciones son instituciones sin ánimo de lucro, de carácter privado, no de derecho público.

La sentencia del Tribunal *a quo*, llega a la conclusión final de que el Alcalde Mayor de Bogotá, no tenía competencia para proferir los actos acusados, pues, el inmueble no es un bien de uso público, como erradamente se sostiene en las decisiones enjuiciadas, por lo que es la justicia ordinaria la que debe cumplir válidamente la mencionada función.

El representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, al sustentar el recurso jerárquico, insiste en que la Fundación Gilberto Alzate Avendaño es un establecimiento de derecho público y que por lo tanto, "sus bienes o son bienes de uso público o son bienes fiscales y en cualquiera de estos dos casos, para efectos de la restitución, debe aplicárseles el procedimiento señalado para la reposición de bienes de uso público".

Por último, agrega el apelante que "las resoluciones demandadas fueron dictadas en un proceso policivo de naturaleza civil y de ahí que su nulidad no sea competencia de la jurisdicción contenciosa..."

La Sala aprecia fácilmente que le asiste razón al señor Alcalde Mayor de Bogotá, cuando en la parte considerativa del segundo acto acusado, al referirse al inmueble de propiedad de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, precisó que "la Alcaldía jamás es competente para ordenar la restitución y el lanzamiento de sus moradores, por cuanto estas atribuciones legales son de la exclusiva competencia de la justicia ordinaria".

En efecto, según la distinción que hace el profesor Jaime Vidal Perdomo, al explicar el artículo 674 del Código Civil, la diferencia entre los bienes de uso público y los bienes fiscales, "radica en la forma de su utilización como lo dice el artículo y aparece lógicamente del término; los bienes de uso público son aquellos que están destinados al uso general de los habitantes de un territorio, pertenecen al Estado, como potestad económica y jurídica, pero él no los utiliza en su provecho, sino que están a disposición de los gobernados".

"Los bienes fiscales por oposición, son aquellos que pertenecen al Estado, pero que no están al servicio libre de la comunidad, sino destinados al uso privado del Estado, para sus fines propios, que en ocasiones pueden aparecer incompatibles con la utilización innominada..." (Derecho Administrativo, Jaime Vidal Perdomo, 8ª Edición, pág. 328).

De otra parte, según el concepto del Procurador de Bienes del Distrito, quedó demostrado que el inmueble que determinó esta controversia, tiene el carácter de bien fiscal, por lo que, según su régimen jurídico, es preciso decir que no se trata de un bien de uso público, a los cuales se refiere el artículo 132 del C. N. de P., sino de un bien de propiedad de la Nación, dedicado a un servicio público que, aunque se encuentre fuera del comercio, se gobierna directamente por el derecho privado.

En estas condiciones, no cabía solicitar su restitución por la vía policiva, como si se tratara de un bien de uso público, sino por la vía jurisdiccional, pues se trata, en realidad, de un bien de derecho pri-

vado, que venía siendo ocupado como vivienda, mediante sucesivos contratos de arrendamiento, perteneciente ahora a una institución que cumple un servicio público pero que también tiene en la ley un carácter privado. Y, como la administración distrital autorizó la restitución de dicho inmueble, mediante el acto ascuado, cuando no estaba facultada legalmente para ello, esta medida resulta ilegal y su consecuencia tendrá que ser su anulación, tal como lo hizo el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada.

Por lo anteriormente dicho, 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:

Se confirma la sentencia apelada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el día 29 de julio de 1985.

Cópiese, notifíquese y cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha ocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, José Joaquín Camacho Pardo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS Y DE INDUSTRIA Y COMERCIO.—

1º Diferencia entre uno y otro.

2º Antecedentes legislativos del primero.

3º DOBLE TRIBUTACION.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 0525. Actor: Luis Mario Duque. Apelación de la sentencia de 11 de febrero de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Nulidad de los artículos 1º y 2º del Decreto extraordinario número 1912 de 1978, expedido por el Alcalde Municipal de Cali. Fallo.

Tras haber sido incinerado durante los nunca suficientemente lamentados hechos ocurridos en el Palacio de Justicia que sirvió de sede a las altas jurisdicciones del Estado, en los aciagos días del 6 y 7 de noviembre de 1985, el proceso promovido por Luis Mario Duque contra el Municipio de Cali, ha sido reconstruido, y puesto como se halla en estado de proferir sentencia que desate el recurso de apelación contra la sentencia de 11 de febrero de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a ello procede la Sección Cuarta de la Corporación previa la siguiente exposición:

Antecedentes:

El actor demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, los artículos 1º y 2º del Decreto extraordinario 1912 de 1978, proferido por el señor Alcalde del Municipio de Cali, en concepto de ser contrarios a los artículos 197,2º de la Constitución Nacional, 169 numeral 2 y 171, numeral 9 de la Ley 4ª de 1913 (C. de R. P. y M.).

Los artículos acusados disponen:

"Artículo 1º. El Impuesto de Industria y Comercio grava todas las actividades industriales, comerciales y de servicios que se ejecuten o realicen en el Municipio de Santiago de Cali, durante cada vigencia fiscal comprendida por el período que comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre".

"Artículo 2º. El Impuesto de Industria y Comercio recae sobre todas las personas naturales o jurídicas bajo cuya responsabilidad se ejerza cualquier actividad comercial, industrial o de servicios, bien sea que se ejecuten directa o indirectamente, en forma permanente u ocasional, en local determinado o en forma ambulante, dentro de la jurisdicción del Municipio de Santiago de Cali".

El actor estima que los artículos acusados tienen el efecto de imponer doble gravamen a la actividad consistente en la exhibición de espectáculos públicos, la cual fue gravado por la Ley 3ª de 1971 y destinado al producto de impuesto a las Juntas Administradoras de Deportes, con el cual se infringían las normas que ya se mencionaron como concepto de violación.

El actor solicitó la suspensión provisional de los artículos impugnados y ello le fue denegado por el Tribunal de instancia, apelada esa decisión, esta Corporación, en providencia presumiblemente dictada el 21 de julio de 1981, dispuso confirmar el proveído denegatorio de la medida cautelar.

Impugnación:

El Municipio de Cali se hizo parte dentro del proceso y se opuso a las pretensiones del actor con base en los siguientes argumentos:

—) La demandante confunde el Impuesto de Industria y Comercio con el que grava la exhibición de espectáculos públicos y sostiene que las bases gravables de uno y otro son diferentes, lo que los hace también diferentes (fl. 26); los sujetos pasivos son también distintas: El de industria y comercio grava a toda persona que ejerza actividades industriales, comerciales o de servicios; y de espectáculos públicos a la persona que adquiere su billete o boleto de ingreso al espectáculo; la base gravable es también diferente, pues para el de industria y comercio se considera el ingreso bruto obtenido en el ejercicio de la actividad gravable y en el de espectáculos públicos se considera el valor de cada boleta; el de industria y comercio se cobra por anualidades, el de espectáculos públicos se cobra cada vez que se produce la compra de la boleta que da derecho de acceso al espectáculo; en fin, la cuantía de uno y otro impuesto es diferente; todo lo anterior le permite concluir a la impugnadora que siendo diferentes, no puede darse transgresión del artículo 171,9º de la Ley 4ª de 1913.

Alegatos de conclusión en la primera instancia:

Obra en autos (fl. 31) copia del alegato de conclusión del señor procurador judicial del Municipio de Santiago de Cali, y para oponerse a las pretensiones del actor sostiene que el impuesto sobre espectáculos públicos es indirecto y el de industria y comercio directo, por estar aquél incluido en el precio de la boleta de ingreso a los espectáculos públicos, siendo distintos, no puede considerarse, sostiene, que gravan la misma actividad. Sobre la distinción entre esos dos tipos de impuestos cita jurisprudencia de esta Corporación de 3 de marzo de 1942.

Para abundar en razones, arguye que los impuestos sobre los cuales versa el debate tienen inclusive origen legal diferentes: Uno en la Ley 97 de 1913 y otro en la 12 de 1932 y tienen también desarrollos municipales diferentes, citando al efecto el Acuerdo número 164 de 1943 (sobre esepectáculos públicos) y el Decreto 1912 de 1978, sobre industria y comercio. Concluye que siendo los sujetos pasivos de los impuestos diferentes, estos también lo son y por tanto, la acusación por imposición de gravamen municipal sobre un objeto ya gravado nacionalmente no puede prosperar.

Concepto fiscal en la primera instancia:

El señor Agente del Ministerio Público ante la primera instancia, sostuvo que la demanda era inepta, por no haberse demandado también el Acuerdo 30 de 1978, el cual sirvió de base para la expedición del decreto acusado, ya que estimó que en el caso se configuraba un acto complejo que debía demandarse conjuntamente (fl. 40). Al referirse al fondo de la cuestión materia de la controversia adhirió a las argumentaciones esgrimidas por el señor procurador judicial del Municipio y pidió se despacharan desfavorablemente las súplicas de la demanda.

El fallo de instancia:

Este fue favorable a las pretensiones del actor y se fundó en las siguientes razones:

El acto acusado (arts. 1º y 2º del Decreto 1912 de 1978) violó el precepto constitucional según el cual el Concejo sólo puede votar las contribuciones o gastos los cuales de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, así como el artículo 171,9 de la Ley 4ª de 1913, que prohíbe gravar objetos ya castigados con tributo por la Nación o por el Departamento, salvo autorización legal especial, pues si las autoridades locales, luego de la Ley 49 de 1967 ni el Concejo no podía establecer nuevo impuesto ni nuevos recargos sobre los ya existentes, lo cual le parece ha ocurrido en el caso de autos.

Estimó el *a quo* que el impuesto sobre espectáculos públicos, con base en sentencia del 2 de marzo de 1974, ponente doctor Hernández Sáenz, que estimó ilegal una decisión municipal que gravó nuevamente las boletas de ingreso a espectáculos públicos, que el Decreto 1912 de 1978, se hallaba en igual situación y procedía declarar su ilegalidad.

Invocó también el fallo (auto de 18 de junio de 1976, ponente doctor Bernardo Ortiz Amaya), citado por el Tribunal *a quo*, en el cual esta Corporación dijo que "lo que hoy se llama impuesto de industria y comercio, son gravámenes sustanciales diferentes al de espectáculos" (fl. 60), en igual sentido invocó el auto de 26 de marzo de 1965 (ponente doctor Domínguez Molina), en el sentido de que luego de la Ley 12 de 1932, los Concejos no pueden establecer nuevos gravámenes, ni hacer más gravosos los existentes.

El *a quo* concluye sosteniendo que "la ilegalidad de las normas acusadas son claramente delineables (sic) pues el origen o fuente del impuesto que se demanda es la actividad de servicios consistente en la exhibición de espectáculos públicos", y creyó en la transgresión de

las normas superiores denunciadas por el actor, por lo cual anuló las disposiciones acusadas.

Apelación de la sentencia:

La apoderada del Municipio de Cali interpuso apelación contra la decisión de instancia y lo sustentó diciendo que el Decreto 1912 de 1978 en los artículos impugnados, no gravaba en forma específica la actividad de exhibición de espectáculos públicos, y creyó que el actor debió enderezar su aspiración a través de la acción de revisión de impuestos (art. 27, del entonces vigente C. C. A.), y estimó que se había utilizado una acción de plena jurisdicción, embozada bajo una nulidad, por lo cual propuso anular la actuación realizada.

Luego de hacer un examen comparativo entre los impuestos mencionados y reiterar las argumentaciones proporcionados durante la primera instancia, la procuradora judicial del Municipio de Cali pide que se revoque el fallo recurrido y cita en su apoyo fallo de esta Corporación en el cual se sostuvo que los Concejos podían gravar con impuesto de industria y comercio los establecimientos de proyección cinematográficos (sentencia 26 de noviembre de 1982) por tratarse de un hecho imponible diferente, lo que desvirtúa el argumento contra las disposiciones demandadas fundado en la doble tributación.

Segunda instancia:

Concepto fiscal. En lo relacionado con la ineptitud de la demanda propuesta por el Ministerio Público en primera instancia, el distinguido colaborador fiscal de esta Sección consideró que no se configuraba ese fenómeno por no tratarse de acto complejo como erradamente lo estima el señor Fiscal ante el juez *a quo*.

En lo concerniente al fondo del asunto estima que las citadas jurisprudencias traídas por el *a quo* para reforzar su fallo, se refieren sólo al impuesto sobre espectáculos públicos y no al de industria y comercio.

Tras reseñar la evolución histórica del impuesto de patentes, transformado en el de industria y comercio, estima que él versa sobre el establecimiento mismo, y sujeto del mismo es aquél, en tanto que el impuesto sobre espectáculos públicos grava el hecho de que una persona adquiere una boleta de entrada a un espectáculo, lo cual indica que el objeto ese en uno y otro distinto y por ello no halla violatorios de las normas invocadas en la demanda, las disposiciones acusadas y pide se revoque la sentencia apelada.

Para resolver se considera:

1º La Sala acoge el argumento expuesto por su colaborador fiscal en contra de la posible ineptitud de la demanda propuesta por el señor Fiscal ante el Tribunal, porque evidentemente no versa la acción sobre un acto complejo.

2º La nulidad propuesta por la apoderada del Municipio de Cali no es procedente pues, dados los términos de la demanda y el objeto de la pretensión, resulta claro que se trata de acción de nulidad contra

los artículos 1º y 2º del Decreto 1912 de 1978 y no de encubierta acción de restablecimiento del derecho o antigua de plena jurisdicción y menos aún de revisión de impuestos.

3º En cuanto al fondo de la cuestión, en pleno acuerdo con su colaborador fiscal, la Sala habrá de acoger las juiciosas argumentaciones de los apoderados del Municipio de Cali, y revocará en consecuencia la sentencia de instancia.

En efecto:

a) La Ley 12 de 1932, al establecer, con posterioridad a la 97 de 1913, un gravamen del 10% sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos, hizo recaer el gravamen sobre un objeto diferente del aludido y considerado por la Ley 97 de 1913, sobre establecimientos industriales, teatros, cinematógrafos, billares, etc.

La tributación versa, en el primer caso, sobre un hecho, la adquisición de boletas para ingresar a los espectáculos.

En el caso de impuestos de industria y comercio regulado por los artículos 1º y 2º del Decreto 1912 de 1978 versa sobre la actividad comercial y su responsable es el dueño del establecimiento.

Así las cosas, es claro que el objeto y el sujeto de los impuestos de industria y comercio y sobre espectáculos públicos son diferentes.

Los propietarios de establecimientos dedicados a la exhibición de espectáculos públicos pagarán impuesto de industria y comercio por la actividad que desarrollan, pero no sobre el hecho de vender boletas a los adquirentes espectadores, ellas sí gravadas con el tributo sobre espectáculos públicos.

La base para determinar el gravamen sobre espectáculos públicos se calcula sobre el valor de cada boleta de entrada, la correspondiente al de industria y comercio está determinada generalmente por el total de ingresos brutos derivados de la actividad gravable.

El primero se cobra y efectiviza en cada operación de compra de boleta, el segundo al final de cada anualidad.

En fin bases o hechos gravados y las tarifas de uno y otro son diferentes.

Todo lo anterior lleva a concluir que se trata de impuestos diferentes por el objeto gravado, los responsables del mismo, las bases o hechos gravados, las tarifas, su cuantía y periodicidad, por lo cual no cree esta Sala que la demanda haya debido prosperar.

En consecuencia, el cargo consistente en que por los actos acusados se habría producido doble gravamen sobre un objeto ya castigado por la ley, no prospera, y las disposiciones acusadas no violan ni el artículo 197,2 de la Carta, ni el artículo 171,9 de la Ley 4, de 1913.

Reitera así la Sala la jurisprudencia ya memorada de esta misma Sección de fecha 26 de noviembre de 1982.

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

Falla:

Revócase la sentencia de 11 de febrero de 1983, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que declaró la nulidad de los artículos 1º y 2º del Decreto extraordinario número 1912 de 1978, expedido por el Alcalde Municipal de Cali, demanda entablada por el señor Luis Mario Duque.

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.

Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Ausente.

Jorge A. Torrado, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES

CONCEJALES MUNICIPALES. CITACION A LAS SESIONES. ¿QUIEN DEBE CITAR?—

Requisitos exigidos por el artículo 1º del Decreto número 49 de enero 14 de 1932.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintitrés de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Proyectó: Doctora *Myriam Guerrero de Escobar*, Magistrada Auxiliar de la Corporación.

Referencia: Expediente número 409. Actor: Alfonso Gómez Castaño.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de 28 de noviembre de 1985 proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto denegó la suspensión del acto acusado.

Antecedentes:

A. La solicitud de suspensión provisional

En el escrito de demanda (fls. 42 a 49) el actor impetró la suspensión provisional del acto impugnado en ejercicio de la acción de simple nulidad, que lo es el Acuerdo número 026 de 15 de mayo de 1985 proferido por el Concejo Municipal de Bucaramanga, "por el cual se conceden unas autorizaciones al Alcalde Municipal de Bucaramanga" fundamentándola en los planteamientos que se resumen, así:

a) Para efectos de la sesión llevada a cabo por el Concejo Municipal de Bucaramanga el día 9 de mayo de 1985, si bien se efectuó la citación a los ediles por conducto del Secretario del Concejo, en forma personal y colectiva, se omitió la indicación precisa de los asuntos que serían objeto de la sesión, violándose en esta forma, a simple vista, el artículo 1º del Decreto 49 de 1932;

b) En la sesión del Concejo antes mencionada, 9 de mayo de 1985, participaron Concejales Principales y Suplentes y éstos conforme a los artículos 196 de la Constitución Nacional y 4º de la Ley 30 de 1969, solamente pueden reemplazar a los primeros en sus faltas absolutas o temporales, entendiéndose por faltas absolutas la muerte, la renuncia

aceptada y la declaratoria de nulidad de la elección y por temporales, la licencia concedida para no asistir a determinado período de sesiones o la excusa para dejar de concurrir a determinada sesión. Cualquier otra ausencia se considera accidental y no puede, por tanto, ser llenada por el suplente (fls. 47 y 48).

B. El auto recurrido

El Tribunal Administrativo de Santander en auto de 28 de noviembre de 1985 denegó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en las razones que se sintetizan, así:

a) "El dicho del Secretario del Cabildo, así sea bajo la gravedad del juramento, no reúne la calidad de plena prueba según lo dispone el Código de Procedimiento Civil en su artículo 232 inciso primero" por lo cual no hay plena prueba en lo que toca con el primer cargo —irregularidad en la citación de los Ediles con indicación precisa del tema a tratarse en la correspondiente sesión— y por tanto, violación manifiesta del artículo 1º del Decreto 49 de 1932;

b) En cuanto a la violación de los artículos 196 de la Carta y 4º de la Ley 30 de 1969, en razón de la concurrencia a la sesión del 9 de mayo de 1985 de los Concejales Suplentes, sin que precediera la excusa de los principales, no puede ella establecerse sin contar con la prueba idónea sobre la calidad de los Concejales de Bucarmanga y este carácter no puede probarse tampoco con el dicho del señor Secretario del Concejo Municipal (fls. 57 y 58).

C. El recurso de apelación

Al interponer y sustentar el demandante el recurso contra el auto a que antes se hizo relación, reitera los planteamientos esgrimidos en la demanda como fundamento de la medida impetrada y destaca el error en que a su parecer incurrió el Tribunal al no dar "ninguna clase de respaldo legal a la declaración juramentada rendida ante un Juez de la República" por el señor Secretario del Cabildo (fl. 61).

Consideraciones:

I. El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo al regular la institución de la suspensión provisional solicitada con ocasión de la acción de nulidad, establece para su procedencia la manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas.

II. Los requisitos antes mencionados no se reúnen en cuanto concierne a los cargos de que se da cuenta en los antecedentes:
En efecto:

a) El artículo 1º del Decreto número 49 de 14 de enero de 1932 dispone:

> "Artículo 1º 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 indicación precisa de los asuntos que serán objeto de la sesión.* La citación la hará el Secretario por medio de un empleado subal-

terno del Concejo o de un agente de policía. Queda reglamentado así el artículo 3º de la Ley 84 de 1915" (El subrayado no es del texto);

b) Al escrito de demanda acompañó el actor fotocopia del Acta levantada con ocasión de la diligencia de inspección judicial practicada a petición suya por el señor Juez Tercero Civil Municipal de Bucaramanga el día 12 de junio de 1985, en la que aparecen consignadas las declaraciones rendidas bajo juramento por el señor Secretario del Concejo Municipal de Bucaramanga, a las que alude el Tribunal en el auto recurrido.

Le asiste la razón al mencionado Tribunal cuando afirma que tales declaraciones no constituyen plena prueba a la luz del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil. En verdad, la prueba conducente para el establecimiento de las circunstancias en que tuvo lugar la citación a los Concejales de Bucaramanga para la sesión de 9 de mayo de 1985 es la documental.

Del mismo modo, no se puede tampoco asegurar a primera vista que no se haya indicado el temario de los asuntos que se debían tratar en la sesión cuestionada, ya que por lo menos obra a folio 17 el orden del día de la misma. Será con motivo de la sentencia y luego del debido debate probatorio cuando se esclarezca este aspecto.

III. Las razones antes expuestas son suficientes para confirmar el auto recurrido. Considera la Sala conveniente observar que comparte los planteamientos del Tribunal en lo que atañe al segundo de los cargos formulados, ya que la declaración del señor Secretario del Concejo Municipal de Bucaramanga aunque haya sido rendida bajo juramento no es prueba idónea para demostrar el carácter de Concejal, como tampoco lo es para acreditar que establecido tal carácter, la persona en cuestión tenga la calidad de Principal o de Suplente. De otra parte, en el caso *sub lite*, sería preciso examinar además si se presentó o no la falta absoluta o temporal del Principal, análisis probatorio complejo y minucioso que no se compadece con la institución de la suspensión provisional y debe, por tanto, reservarse para la decisión de fondo.

En mérito de lo expuesto, se

Resuelve:

Confírmase el auto de 28 de noviembre de 1985 proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, que denegó la suspensión provisional del Acuerdo número 026 de 15 de mayo de 1985 expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado; *Miguel Betancourt Rey*, Consejero de Estado, Ausente; *Samuel Buitrago Hurtado*, Consejero de Estado; *Simón Rodríguez Rodríguez*, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONCEJOS MUNICIPALES. TRAZADO, APERTURA, ENSANCHE Y ARREGLO DE LAS CALLES DE LAS POBLACIONES Y CASERIOS (Ley 97 de 1913).—

1º Estas labores de los Municipios han sido considerados de interés social y utilidad pública.

EXPROPIACION DE BIENES PARTICULARES PARA AFECTARLOS A OBRAS URBANISTICAS MUNICIPALES (art. 1º de la Ley 1ª de 1943).

1º Materias de utilidad pública o interés social para decretar la expropiación de predios urbanos.

2º Extensión (Ley 115 de 1948).

3º Comoquiera que el Alcalde es el representante legal del Municipio, toca a este celebrar el convenio o adelantar la expropiación. AUTORIZACION DEL CONCEJO MUNICIPAL.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., seis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 544. Actor: Adalberto Montoya Montoya.

De conformidad con el artículo 213 del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de fecha octubre 2 de 1986, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle y por medio del cual fue negada la suspensión provisional de los artículos 3º y 4º del Acuerdo número 20 de 1973 (mayo 14), expedido por el Concejo de Cartago, y mediante el cual se ordena el trazado y construcción de unas vías públicas y se dictan otras disposiciones.

Mediante los artículos 1º y 2º del Acuerdo, el Cabildo de Cartago ordenó trazar y construir unas vías dentro del perímetro urbano, que serían continuación de otras ya existentes. En la primera parte del artículo 3º dispuso que la Oficina de Valorización Municipal levantara los planos respectivos, y a través de la segunda parte del texto autorizó al Alcalde de la ciudad para iniciar, con los dueños de los predios afectados por la ejecución de las obras, conservaciones tendientes a obtener acuerdos o arreglos directos sobre las zonas respectivas, seguramente con el objeto de conseguir la enajenación a favor del Municipio. El artículo 4º autorizó los traslados presupuestales necesarios para cumplir el objeto del acto administrativo municipal.

El actor considera inconstitucionales las normas cuya suspensión provisional solicita, por cuanto en ellas se otorga al Alcalde de la ciudad de Cartago una autorización para celebrar actos de aquellos comprendidos por el numeral 7 del artículo 197 de la Constitución Nacional, los cuales sólo pueden realizarse dentro de plazos estrictos que fije el Acuerdo respectivo de autorización. Y como en el caso en estudio, tal precisión en el tiempo no fue señalado por el acto acusado, es ostensible su transgresión del canon constitucional.

El Tribunal de instancia no consideró que existe una violación flagrante y ostensible de la norma superior, por cuanto no ve con claridad meridiana que las autorizaciones destinadas a gestionar con los dueños de predios, arreglos sobre los mismos, "tengan el alcance de poder el Alcalde celebrar los contratos respectivos, para analizar, en consecuencia, si realmente está violando el artículo 197 de la Constitución Nacional" (fl. 20).

Consideraciones de la Sala:

Desde la vigencia de la Ley 97 de 1913, corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos. En distintas disposiciones, estas labores de los municipios han sido consideradas de interés social y utilidad pública, pero fueron las Leyes 1ª de 1943 y 115 de 1948 las que de manera más explícita dieron aplicación al artículo 30 de la Constitución, en cuanto el legislador autoriza por esa definición de interés y utilidad, la expropiación de bienes particulares para afectarlos a las obras urbanísticas municipales. Por ello dice el artículo 1º de la Ley 1ª de 1943:

"Son motivos de utilidad pública o interés social para decretar la expropiación de predios urbanos, fuera de los determinados en las leyes vigentes, las obras de ornato, embellecimiento, seguridad, saneamiento, construcción, reconstrucción o modernización de barrios, apertura o ampliación de calles, edificaciones para mercados ,plazas, parques y jardines públicos en las ciudades capitales de departamento y en aquellas cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes". La Ley 115 de 1948 extendió las disposiciones de la Ley 1ª de 1943 a los municipios cuyo presupuesto anual no sea inferior a $ 200.000.oo. De manera que en la actualidad, todos los municipios colombianos gozan de estas atribuciones a través de sus cabildos, salvo que fuera necesario actualizar aquella cifra teniendo en cuenta la devaluación y la desvalorización de la moneda como, para otros eventos, lo ha hecho la jurisprudencia.

Se hacen las anteriores referencias para poner de presente cómo los dos primeros artículos y la primera parte del tercero, todos del Acuerdo demandado (número 20 de 1973 del Concejo Municipal de Cartago), no hacen sino ejercer una función que es propia de los Concejos y para cuyo cumplimiento resulta casi necesario en todos los casos, adquirir propiedades inmuebles de particulares, a no ser que las obras dispuestas puedan realizarse en terrenos públicos o que tengan el carácter de fiscales. La utilización, pues, de propiedades que fueron particulares, es posible llevarla a cabo, bien por enajenación, bien por ocupación de hecho. La primera será obtenida por el munici-

pio de que se trata, a través de venta, permuta, donación, etc., o por el procedimiento de la expropiación. Pero siendo esta figura del derecho público, de todas maneras utilizada en subsidio de la enajenación voluntaria, siempre resulta preciso buscar el acuerdo de voluntades entre el propietario particular y el municipio, y por ello ya desde las Leyes 56 y 119, ambas de 1890, se estableció la necesidad de que antes de proceder a expropiación, la entidad territorial invite al propietario a celebrar un contrato que haga innecesaria la expropiación, con observancia de las normas que específicamente describan el procedimiento, la forma de fijar el precio y el pago, la entrega, etc.

Como quiera que el Alcalde es el representante legal del municipio, toca a éste celebrar el convenio o adelantar la expropiación. Y surge aquí un asunto de la mayor importancia que incide en el caso materia de este proceso: Si la ley, en desarrollo del artículo 30 constitucional definió las razones de interés social o utilidad pública y el Acuerdo del Concejo ordenó las obras, necesitará el Alcalde autorización especial para celebrar los contratos que hagan posible la enajenación de los inmuebles requeridos, cuando no la necesita para dictar la Resolución de expropiación ni para adelantar el proceso correspondiente ante el juez? Este es en verdad un asunto que requiere hondo estudio sobre las competencias que en "cascada" corresponden al legislador y a la administración cuando se trata del fenómeno que ocupa la atención de la Sala.

Pero si se acepta que el Alcalde requiere autorización del Concejo para celebrar tales contratos, surge la siguiente cuestión: La autorización que confiere el cabildo, es *"pro tempore"*? Así lo sostiene el demandante en la interpretación que hace el numeral 7º del artículo 197 de la Constitución. Sin embargo, la cuestión no es tan evidente como lo supone el actor. En efecto, nótese como el numeral en comentario refunde en relación con los Concejos, las atribuciones de que tratan los numerales 11 y 12 del artículo 76 constitucional, en relación con el Congreso, porque la primera parte del texto referido a la administración local expresa: "Autorizar al Alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales...", autorización que corresponde, *mutatis mutandi*, a la atribución 11 del artículo 76 cuando preceptúa: "Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional". Para cumplir estas funciones, la Carta no exige que las autorizaciones sean por tiempo determinado, sino que su ejercicio estará condicionado por el que requiera el contrato, el empréstito o el trámite administrativo de la enajenación, porque resultaría en extremo difícil determinar *"a priori"* cuánto tiempo requiere cada una de estas operaciones que suponen la concurrencia de voluntades, como son las del Estado y la de la persona pública o privada, que comparece a la celebración del acto jurídico.

La segunda parte de la atribución 7ª contenida en el artículo 197 de la Carta, permite al Concejo autorizar al Alcalde para "y ejercer, *'pro tempore'*, precisas funciones de las que corresponden a los Concejos" atribución pareja a la contenida en el numeral 12 del artículo 76 en relación con las Cámaras legislativas: "Revestir, *'pro tempore'* al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias,

cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen". A través de tales autorizaciones el Congreso, como el Concejo, se despoja de competencias suyas para que en su nombre las ejerza el Presidente, como en el ámbito local las puede ejercer el Alcalde. En consecuencia, podría entenderse que, así como las autorizaciones para ejercer precisas funciones de las propias de los Concejos, han de ser limitadas en el tiempo, las destinadas a permitir la celebración de contratos, negociación de empréstitos y enajenación de bienes municipales, no lo son, por cuanto la conjunción copulativa "y", en este caso, une cláusulas distintas.

Contra lo expresado por el Tribunal, del contenido del artículo 3º del Acuerdo 20 de 1973 dictado por el Concejo de Cartago, sí se desprende la facultad de celebrar los contratos a que haya lugar en caso de que las gestiones iniciadas por el Alcalde frente a "los dueños de los predios que resultaren afectados con la ejecución de las obras" concluyan en la aceptación de estos para enajenar, porque no otra cosa quiere decir el texto cuando dispone que las gestiones se lleven a cabo por el representante legal del Municipio "a fin de conseguir con ellos un arreglo directo sobre la zona o zonas que sean necesarias para la realización de las obras". Lo que ocurre es que esas autorizaciones deben ser examinadas, como se ha hecho en esta providencia, y si de tal examen resulta que no eran necesarias, el artículo 3º del Acuerdo también es inútil; y si la autorización se requiere por razón de lo dispuesto en el artículo 197, numeral 7º de la Constitución, será preciso estudiar con profundidad cómo deben ser otorgadas esas facultades y si efectivamente han de ser o no limitadas en el tiempo por la voluntad del Concejo.

Como el artículo 4º del Acuerdo, cuya suspensión también se solicita, depende integralmente de la suerte del 3º, podría predicarse en relación con él, lo mismo que del anterior.

Todo lo dicho demuestra que no es de recibo la suspensión provisional en este caso, por cuanto no se da la manifiesta violación de una norma superior por parte de las disposiciones acusadas, lo cual hace necesario confirmar la providencia apelada.

En consecuencia, la Sala

Resuelve:

Primero. Confirmar el auto de octubre 2 de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle en cuanto negó la suspensión provisional de los artículos 3º y 4º del Acuerdo número 20 de 1973 (mayo 14) expedido por el Concejo de Cartago.

Segundo. Condenar en costas al apelante. Tásense.

Tercero. Remitir por intermedio de la Secretaría al Tribunal de origen este expediente, una vez en firme la presente providencia.

Notifíquese.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

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

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACUERDOS MUNICIPALES. VIGENCIA.—
(Art. 178 de la Ley 4ª de 1913).
SUSPENSION PROVISIONAL. ACCION DE NULIDAD.
Procedencia. Artículo 152 del Decreto 01 de 1984.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor *Nelson Zuluaga Ramírez,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 529. Apelación Autos Interlocutorios.

Actor: Mario Jaramillo Lalinde.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en este proceso sobre nulidad del Acuerdo número 39 de 21 de septiembre de 1981 dictado por el Concejo Municipal de Medellín contra el auto de octubre 22 de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Antecedentes:

En escrito presentado el 5 de septiembre de 1986, solicitó el doctor Mario Jarmillo Lalinde, en su carácter de ciudadano colombiano se decrete la nulidad del citado acto administrativo, pidiendo expresamente la suspensión provisional del mismo, para lo cual adujo la manifiesta "violación de la norma superior —artículo 178 de la Ley 4ª de 1913 o Código de Régimen Político y Municipal— por el Acuerdo 39 de 1981 en su artículo 13, demandado, ya que se desconoce la obligación de dar publicidad al Acuerdo como un requisito *advaliditatem, ad sustantiam actus,* para que pueda iniciar su observancia, ya que la establece a partir de la sola *sanción*".

Resolvió el Tribunal en su auto de 22 de octubre de 1986, en el cual, a la par que admitió la demanda, dispuso no decretar la medida impetrada. Este último pronunciamiento lo fundamentó en las consideraciones que se transcriben:

"Según la constancia que obra a folios 4, 'el presente Acuerdo fue publicado por bando y ordenado su inserción en la Crónica Municipal'.

"Será asunto de especial análisis —y de prueba dentro del proceso—, si el Municipio de Medellín estaba obligado a disponer de un

periódico oficial y si efectivamente lo tenía para la época en que debió publicarse el Acuerdo, como lo afirma el demandante (fl. 117). Aún más: Si la falta de publicación compromete la validez del acto, o sólo su eficacia".

Contra la anterior decisión interpuso el actor, como ya se dijo, el recurso de apelación. Procede a decidirlo de plano la Sala, previas las

Consideraciones:

Dispone el artículo 178 de la Ley 4ª de 1913, norma invocada por el peticionario: "Sancionado un acuerdo, será publicado por bando, en un día de concurso y en el periódico oficial del Municipio, si lo hubiere, y desde ese día principia su observancia, a menos que el mismo acuerdo disponga otra cosa".

El Acuerdo número 39 de 21 de septiembre de 1981, dictado por el Concejo Municipal de Medellín, "por medio del cual se crea el establecimiento público Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín", dispuso textualmente en su artículo 13: "Este Acuerdo rige desde la fecha de su sanción" (ver fl. 2).

Al tenor del inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo procede la suspensión provisional en acciones de nulidad cuando existe "manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación". Como repetidamente se ha dicho, es condición para el éxito de la medida que el quebranto sea apreciable *prima facie*, esto es, sin necesidad de disquisiciones jurídicas profundas o de examen minucioso del contenido del acto acusado o de las normas que se citan como infringidas.

Expuesto lo anterior, se tiene que la norma superior invocada por el demandante, si bien es cierto que dice que la observancia del Acuerdo principia desde el día de su publicación, exceptúa de esta regla el evento de que "el mismo acuerdo disponga otra cosa". Y precisamente el acto acusado dispone, como quedó visto, la vigencia para época distinta a la publicación, a saber la de "la fecha de su sanción".

Lo que la simple comparación entre norma superior y acto acusado revela no es por consiguiente su quebranto, sino, por el contrario, la adecuación del segundo a las previsiones de la primera.

Y no se diga que otras normas sí exigen la previa publicación del acto como requisito de su obligatoriedad, como parece desprenderse de algunos apartes del auto recurrido. Aquí se trata, como es sabido, de una jurisdicción rogada y no oficiosa, por lo cual la comparación de que habla el citado artículo 152 sólo cabe hacerse respecto de las que estrictamente invoque el interesado, comparación de la que, se repite, no emerge al primer golpe de vista la violación de norma superior alegada.

Sugiere también el actor que el acto demandado sería también violatorio de la norma aducida por cuanto en aquél no se dispone su publicación. Al respecto cabría argüir que si bien es cierto que el susodicho artículo 178 del anterior Código de Régimen Político y Municipal dispone la publicación de los Acuerdos, en parte alguna manda que tal publicación debe ordenarse dentro del texto mismo de tales

actos. Y a folio 4 obra constancia del Secretario de Gobierno Municipal en el sentido de que el Acuerdo de que se trata "fue publicado por bando y ordenado su inserción en la Crónica Municipal".

Como de todo lo anterior se desprende que no había de prosperar la suspensión provisional del Acuerdo demandado, se confirmará la providencia que tal cosa decidió, si bien no por las razones allí expuestas.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

Resuelve:

Confírmase el auto de octubre 22 de 1986 dictado por el Tribunal Administrativo de Medellín, por el cual se negó la suspensión provisional del Acuerdo número 39 de 21 de septiembre de 1981 dictado por el Concejo Municipal de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el proyecto de este auto fue discutido y aprobado en reunión celebrada por la Sección Primera el día 7 de marzo de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Con salvamento de voto; *Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez,* Con aclaración de voto; *Miguel Betancourt Rey.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACUERDOS MUNICIPALES. VIGENCIA (Salvamento de voto).—

La promulgación es condición esencial para la VIGENCIA y validez de la ley o de los actos administrativos de carácter general abstractos e impersonal en donde se estatuyen obligaciones para todos los gobernados.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Expediente número 529 (Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago). Bogotá, D. E., marzo diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Respetuosamente me permito aclarar el voto en relación con la providencia del 9 de marzo de 1987, por las siguientes razones:

1. Estoy de acuerdo en que tampoco se debía acceder a suspender provisionalmente el artículo 13 del Acuerdo número 39 de 21 de septiembre de 1981 dictado por el Concejo Municipal de Medellín, mas para ello pesan sobre mí estas otras consideraciones:

Discuerdo de la fórmula de vigencia utilizada en dicho texto del Acuerdo consistente en deferirla a la fecha de su "sanción". Estimo en cambio que sólo con la publicación de los actos administrativos pueden entrar a regir, porque desde entonces se puede razonablemente presumir su conocimiento por la comunidad. En este sentido es categórico el Decreto 1333 de 1986, artículo 116, norma posterior.

También dentro de este mismo orden de ideas se expidió la Ley 57 de 1985 "por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales".

2. a) El caso *sub lite*, no obstante lo dicho precedentemente, ofrece la particularidad de que existe constancia sobre que el acuerdo fue publicado por bando "y ordenada su inserción en la Crónica Municipal" (fl. 4), órgano oficial del Municipio de Medellín.

Y ello encontraría corroboración en la certificación de 2 de septiembre de 1986 visible a folio 108, según la cual la última publicación de la Crónica llega "hasta el Acuerdo 27 de 1984, faltando por editar en Crónica desde el Acuerdo 28 hasta el 38 de 1984, a la vez que los de 1985 y los que van de 1986". De donde se deduciría que el Acuerdo 39 impugnado de *1981* ya habría sido publicado;

b) No está demostrada la fecha de "sanción" del Acuerdo. Hipotéticamente podría ser el caso de que la publicación oficial del mismo coincidiera con esa fecha.

De todos modos, todos estos interrogantes podrán ser desvanecidos en el curso del proceso, por lo que acuciando como están la mente del juzgador, no es concebible que pueda tener entrada la figura de la suspensión provisional, que precisamente exige que la *transgresión* por el acto acusado del ordenamiento jurídico al efectuar el cotejo correspondiente, resulte manifiesta, notoria, que se pueda percibir a simple vista (art. 152 del C. C. A.).

Simón Rodríguez Rodríguez.

ACUERDOS MUNICIPALES. VIGENCIA (Aclaración de voto). Sólo con la publicación de los actos administrativos puede entrar a regir, porque desde entonces se puede razonablemente presumir su conocimiento por la comunidad (art. 116 del Decreto 1333 de 1986).

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR GUILLERMO BENAVIDES MELO

Referencia: Expediente número 529. Actor: Mario Jaramillo Lalinde. Ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Con todo respeto me separo de la opinión consignada por mis ilustres colegas en la sentencia de la referencia, por las siguientes razones:

1ª Contra lo dicho por el Tribunal de instancia, el actor expresamente solicitó suspensión provisional del artículo 13 del acto acusado. ¿Si no, qué cosa quiere decir el siguiente párrafo? Como quiera que, en el derecho administrativo, el acto de poder público, entra en ejecución, tan pronto como real o aparentemente se crea, en desarrollo de su presunción de legalidad, como está ocurriendo con el Acuerdo 39 de 1981 expedido por el honorable Concejo Municipal de Medellín, "desde la fecha de su sanción", según se escribió en su artículo 13 y cuya declaración jurisdiccional de nulidad estoy demandando, "ejercito el derecho de demandar, también su *suspensión provisional*, con el fin de que cese en su actividad que está causando daño enorme a algunos propietarios de bienes dentro del territorio municipal...". No se halla fundamento para decir que lo anterior se refiere a la totalidad del Acuerdo acusado, sino que es evidente que se está refiriendo al texto del artículo 13 específicamente demandado.

2ª El Acuerdo 39 de 1981 del Concejo Municipal de Medellín, artículo 13 viola manifiesta y ostensiblemente la norma contenida en el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, como señala el actor. Para fundamentar esta afirmación, me basta consignar a continuación algunos apartes del auto proferido el 5 de marzo de 1963 por la Sección Cuarta de esta Corporación (Consejero Sustanciador), doctor Miguel Lleras Pizarro, providencia cuya doctrina posteriormente vino a ser ratificada por el artículo 43 del Código Contencioso Admi nistrativo y por la Ley 57 de 1985:

"Pero más importante que la celebración de los debates principalmente encaminados a darle publicidad al proceso de formación de las leyes y que la sanción ejecutiva que en Colombia usa la forma de pu-

blíquese y ejecútese, es la de la promulgación consecuencia de esa orden ejecutiva porque como se presume que la ignorancia de la ley no puede alegarse como excusa para incumplirla es indispensable que la ley esté en observancia. ¿Cómo podría exigirse a los gobernados que acaten en mandamiento y ajusten a él su conducta si dicho mandamiento se mantiene en el terreno de lo confidencial? Al mismo juez le resultaría imposible aplicar leyes o actos administrativos celosamente ocultos.

"……

"Que la promulgación es condición esencial par la vigencia y validez de la ley o de los actos administrativos de carácter general abstracto e impersonal en donde se estatuyen obligaciones para todos los gobernados, es noción elemental acerca de la cual no valdría la pena detenerse y ordinariamente bastaría mencionarla pero el caso que estamos examinando y muchos otros que han pasado por el conocimiento del Consejo de Estado muestran que ciertas perversiones jurídicas que tuvieron extensa práctica durante gobiernos de desorden constitucional han arraigado en tal forma en las costumbres administrativas y legislativas que hasta juristas eminentes que en otro tiempo habrían reaccionado con sorpresa hoy aceptan como común que se dejen de lado ciertas solemnidades que constituyen esenciales condiciones de respeto hacia los gobernados como es la de no exigirles ni imponerles ley o acto administrativo que no haya sido dado a conocer por los medios regulares. Por esta circunstancia puramente local de Colombia, que sorprendería en cualquier otro país tendremos que repasar aún más de lo que hasta aquí se ha dicho el principio acerca del cual se viene reflexionando.

"……

"¿Por qué insisten tan extensamente los autores en la necesidad de la publicación de cualquier regla de conducta a la que estén sujetos los gobernados? Simplemente porque a nadie se le puede condenar por incumplimiento de ley que en lugar de ser notificada o publicada conforme a las reglas pertinentes le es celosamente escondida.

"Esta práctica tan extendida debe desarraigarse vigorosamente de todas las dependencias oficiales y de la mente de todos los funcionarios públicos, sencillamente porque exigir el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo no publicado es una arbitrariedad".

Por considerar que son válidas las anteriores consideraciones juzgo que ha debido ordenarse la suspensión provisional del artículo 13 del Acuerdo número 39 de 1981 expedido por el Concejo de Medellín, tal como lo solicitó el actor.

Atentamente,

Guillermo Benavides Melo.

Bogotá, D. E., trece de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

FACULTAD IMPOSITIVA (Nulidad).—

1º ¿A quién corresponde? CONGRESO.

2º FACULTAD IMPOSITIVA DE ASAMBLEAS Y CONCEJOS MUNICIPALES. SUBORDINACION A LA LEY.

PRINCIPIO "NO HAY IMPUESTO SIN REPRESENTACION". CONCEJOS MUNICIPALES.

NATURALEZA: SON CORPORACIONES ADMINISTRATIVAS DESDE LA CONSTITUCION DE 1886.

ACTOS: NATURALEZA: Artículo 43 de la Constitución Nacional, artículos 76, 169 y 197 IBIDEM.

CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA EN EL CONGRESO.

Declárase nulo el Acuerdo 1 de 1971, expedido por el Concejo Municipal de Calarcá.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *José Joaquín Camacho Pardo.*

Proyecto redactado por el Magistrado Auxiliar *Humberto Beltrán Achury.*

Expediente número 195. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado en término por el actor, el ciudadano José Jesús Laverde Ospina, contra la sentencia de 7 de marzo de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Habíase demandado en acción pública, por la presunta violación de los artículos 43, 76-14 y 197-2 de la Constitución y 169-2 de la Ley 4ª de 1913, el Acuerdo número 1 del 13 de abril de 1971, mediante el cual el Concejo Municipal de Calarcá creó una estampilla "Pro-Educación y Salud", esgrimiéndose como elementos sustanciales de la impugnación la ausencia de motivación legal del acto y la "desviación y exceso de poder" implícitos en el mismo.

Al efecto explica el actor que en el acuerdo acusado se omite la mención de los preceptos superiores que pudiera sustentar su expedición, requisito éste, a su ver, indispensable, supuesto que en tiempo de normalidad institucional la atribución para establecer gravámenes

o contribuciones es privativa del Congreso Nacional y, por ello, "...los acuerdos deben dictarsen (sic) con base en autorización expresa y determinada, por cuanto el Congreso como órgano legislativo es el único que tiene facultad para imponerlos...".

Añade que el tributo que se establece con la emisión de la estampilla es indirecto y extraordinario, lo que reforzaría su tesis del desbordamiento de atribuciones, por ser éstas, para los Concejos Municipales, meramente administrativos y no estar previsto que sean tales corporaciones las que atiendan eventos de emergencia.

Por su parte expresa el Tribunal, en síntesis, no hallar transgresión de las colacionadas normas sino, al contrario, la conformidad del acto demandado con la literalidad y espíritu de ellas, que se traducía en una "clara y terminante facultad" del Concejo Municipal para imponer contribuciones.

Y que si bien la creación de impuestos extraordinarios se predica como una atribución propia del Congreso, lo es así en lo nacional, mas no en la órbita de la región, cuyos competentes organismos no precisan de autorización legal expresa, "...ya que no lo exigen (así) los artículos 43 y 197-2 de la Constitución Nacional y 169-2 del Código de Régimen Político y Municipal..." quedando limitados dichos entes únicamente por las prohibiciones de los numerales 1º, 4º, 9º y 13 del artículo 171 del mismo código.

Cita y vierte parcialmente la sentencia de esta Corporación del 29 de marzo de 1985 donde, por cierto, lo que es perceptible es la reafirmación de los principios de la igualdad y la generalidad de los tributos en frente del evento materia allí de controversia, de un impuesto "particularizado".

En la sustentación de la alzada, persiste el actor en que "...el honorable Concejo Municipal de Calarcá, antes de expedir el acuerdo que es motivo de la presente demanda, debió respaldar su acto administrativo en una ley o en una ordenanza, pues el artículo 43 de la Constitución Nacional es claro al señalar (sic), en tiempo de paz, solamente el honorable Congreso de la República podrá crear esta clase de impuestos o autorizar a las Asambleas o Concejos Municipales para crearlas (sic)...En el Departamento, tenemos, en fecha reciente, que precisamente fue el Congreso Nacional quien autorizó la creación a nivel departamental de la estampilla *Pro Ciudadela Universitaria* (Universidad del Quindío), entonces toma (sic) mayor fuerza lor (sic) argumentos que he sostenido desde mi demanda inicial..." (mayúsculas en el texto).

El señor Fiscal Primero de esta Corporación, en lo esencial, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"...La Fiscalía comparte íntegramente las juiciosas apreciaciones consignadas en el fallo, por ajustarse a derecho y a la realidad procesal que presentan los autos. En efecto, los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional, que se estiman infringidos, disponen que, en tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, podrán imponer *contribuciones*, y respecto de la segunda norma citada, precisamente, señala las

atribuciones de los Concejos que ejercerán conforme a la ley, y la tercera norma constitucional señalada por el demandante, no viene al caso, ya que ella determina que 'corresponde al Congreso hacer las leyes'. Finalmente, en cuanto al artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, fija las atribuciones de los Concejos, y en el numeral 2º, los faculta para 'imponer *contribuciones* para el servicio municipal...'.

"Así, pues, las normas citadas en la demanda como violadas, no pueden considerarse como tales, y más bien puede concluirse que algunas de ellas le dan respaldo legal (al acuerdo), como son los artículos 43 y 197 de la Constitución y 171 del Código de Régimen Político y Municipal.

"Las breves consideraciones anteriores, llevan a la Fiscalía a solicitar se denieguen las peticiones de la demanda, vale decir, se le imparta la confirmación al fallo apelado..." (subrayas en el texto).

Consideraciones de la Sala:

De antiguo, se ha mantenido indemne en la Constitución el principio del derecho inglés según el cual "no hay impuestos sin representación", y asignado en consecuencia, la función impositiva al Congreso Nacional, tanto para la creación de los atributos como para el señalamiento de los límites y condiciones en que los Concejos Municipales pueden regular los de sus territorios.

Tal atribución, además, es permanente, sin solución de continuidad siquiera en circunstancias extremas de emergencia política o económica, pues aunque en virtud de los artículos 121 y 122 de la Carta se ejerciera transitoriamente el poder de imposición por un órgano o funcionario diferente, el ejecutivo, conservaría siempre al Congreso la facultad de decretar exacciones extraordinarias, según la regla del artículo 76-14 *ibídem**.

Sabido es también que, desde la propia Constitución de 1886, los Concejos Municipales han tenido, invariablemente, el carácter de corporaciones administrativas, y que a sus actos no se ha reconocido jamás índole legislativa, ni autonomía en la materia impositiva de que se trata, como no sea para adoptar, o no, o para reglamentar en la localidad, los correspondientes gravámenes autorizados, reflejo, según dice VIDAL**, del "esquema de la simple descentralización administrativa", cuya evolución histórica dista de haber alcanzado los caracteres de una auténtica "descentralización política".

Dicen las disposiciones constitucionales que se afirman quebrantadas:

---

* Cfr. HENAO HIDRON Javier, "Panorama del Derecho Constitucional Colombiano", Temis, 1985, pág. 153.

** y también, VIDAL PERDOMO, Jaime. "Derecho Constitucional General", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, pág. 219.

"*Artículo 43.* En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones (Acto legislativo número 3 de 1910, art. 6º)".

"*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.

"……

"*Artículo 197.* Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"……

"2ª Votar, *en conformidad con la Constitución, la ley las ordenanzas*, las contribuciones y gastos locales.

"……"

Y el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913:

"*Artículo 169.* Son atribuciones de los Concejos:

"……

"2ª Imponer contribuciones para el servicio municipal, *dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas*, y reglamentar su recaudación e inversión" (subrayas fuera del texto).

Pues bien, si a términos de la cláusula general de competencia del artículo 76 de la Constitución, es al Congreso al que compete hacer la ley, y es sólo mediante ésta, *stricto sensu*, que se pueden crear impuestos y contribuciones, indudablemente las atribuciones de los Concejos Municipales, de que tratan los preceptos transcritos, deben estar rigurosamente a esa ley, no solamente en lo que concierne al tipo de imposición que la misma les autorice expresamente y sus limitaciones, sino en lo atañedero, incluso, a la destinación del respectivo gravamen, de no ser autorizado éste con carácter general.

La subordinación de los Concejos a la jerarquía normativa, como se observa, es particularmente extensa, toda vez que a más de arreglarse sus actos a la Constitución y a la ley, se les impone sujetarse a las disposiciones ordenanzales pertinentes.

Sobre el particular ha dicho esta Corporación que "... de conformidad con los artículos 43 y 76 de la Constitución Nacional, la función legislativa e impositiva corresponde exclusivamente al Congreso, aunque naturalmente en casos excepcionales aquél puede dar facultades al Presidente de la República para ejercer esa función, pero sin que con ello se desvirtúe la esencia del principio. La aparente capacidad o función impositiva que el mismo artículo 43 da a las Asambleas y a los Concejos sólo resulta de una interpretación aislada de este artículo, porque esa función aparece subordinada en cuanto a las Asambleas por el artículo 191 a las condiciones y límites que

fije la ley y en cuanto a los Concejos, a las condiciones, límites y atribuciones que señalen la Constitución, la ley y las ordenanzas.

"Esto significa, presentando el problema de otra forma, lo siguiente: En Colombia sólo pueden establecerse impuestos o contribuciones por disposición de la ley. Las Asambleas Departamentales sólo pueden crear impuestos o tributos cuando la ley las autorice para ello y dentro de los lineamientos que ella misma les impone; por lo mismo, no pueden autorizar a los Concejos para crear impuestos si a su turno no han sido autorizadas para ello por una ley. Los Concejos Municipales sólo pueden establecer contribuciones cuando los autorice la Constitución, la ley o las ordenanzas en los casos en que estas sean necesarias..." (Sentencia de 19 de mayo de 1971, T. LXXX, números 429-430, pág. 307).

Si, pues, el acuerdo demandado no menciona, ni de hecho tiene como fundamento una ordenanza o una ley de autorizaciones para el discutido efecto tributario, es flagrante la violación de los preceptos invocados por el actor y desacertada la sentencia del *a quo*, debiendo revocarse ésta y accederse a las súplicas de la demanda, como se dirá.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada.

Declárase nulo, íntegramente, el Acuerdo número 1 de fecha 13 de abril de 1971, expedido por el Concejo Municipal de Calarcá (Quindío).

Vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha ocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, José Joaquín Camacho Pardo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS COMO DEMANDANTES O COMO DEMANDADAS.—

Artículo 149 del Decreto 01 de 1984.

CONTESTACION DE LA DEMANDA. FALTA. Consecuencias.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 2261. Consulta sentencia. Actor: Juan de Jesús Ortega Silva.

Se procede a revisar, por vía de consulta, la sentencia de agosto 8 de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dentro del proceso promovido por Juan de Jesús Ortega Silva para impetrar la nulidad de la Resolución número 181 de 1985 del Concejo Municipal de Cúcuta y obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

En el fallo consultado se acogen las súplicas del actor con fundamento en la consideración de que la Mesa Directiva del Concejo declaró su insubsistencia sin tener competencia para ello (fls. 112-119).

Narra el demandante que, "estando en el desempeño regular del cargo, el día 23 de junio pasado le fue comunicado que, mediante Resolución número 181 emanada de la Comisión de la Mesa, había sido declarado insubsistente y se había designado para reemplazarlo al señor Pedro Javier Torres Peralta" (fl. 8). Alega que la competencia para nombrar y remover los empleados municipales corresponde al Alcalde Municipal y no al Concejo, que sólo puede designar Personero, Tesorero y Contralor y los demás funcionarios que la ley señale, e invoca como normas violadas los artículos 201 de la Constitución Nacional; 184, numeral 19, del Código Político Municipal; 1º del Decreto 418 de 1976; 2º y 19 de la Ley 72 de 1926; 1º y 2º de la Ley 89 de 1936 y 2º de la Ley 115 de 1948, de donde deduce que "existe, pues, una competencia general para el Alcalde...para la designación de los empleados municipales y una restringida al Concejo sólo para aquellos cargos cuya provisión expresamente le señale la ley"y que "la naturaleza del cargo —Director de la Imprenta Municipal— es de los comprendidos necesariamente entre los subordinados del burgomaestre, pues le corresponde dirigir a aquél la dependencia técnica que imprime lo requerido por la administración municipal" (fls. 5-12).

Según puede verse en el texto del acto enjuiciado (fls. 2-3), la Comisión de la Mesa del Concejo Municipal de San José de Cúcuta, "en uso de sus atribuciones legales y del Acuerdo número 005 de 1962 (Reglamento Interno del Concejo Municipal)", declara "insubsistente el nombramiento hecho en el cargo de Director de la Imprenta Municipal de Cúcuta, al señor Juan José Ortega S." y nombra en su reemplazo al señor Pedro Javier Torres Peralta.

El *a quo*, separándose del criterio del Ministerio Público, que proponía sentencia inhibitoria, acogió los planteamientos de la demanda, sobre los cuales se pronunció en los siguientes términos:

"*Tercera:* La *insubsistencia* del señor Juan José Ortega Silva fue proferida por la Mesa Directiva del Concejo, mediante la Resolución número 181 de 1985, 'en uso de sus atribuciones legales y del Acuerdo número 005 de 1962' (Reglamento Interno del Concejo Municipal) (cf. fl. 2)".

Examinando detenidamente ese Acuerdo número 005 de septiembre 6 de 1962 —Reglamento sobre Régimen Interno del Concejo Municipal de Cúcuta— nada dice en relación con el cargo de Director de la Imprenta ni de la imprenta en general.

.....

"Del Reglamento Interno *no deriva* conforme lo alegaron en la Resolución acusada *competencia* alguna de la Mesa Directiva para designar los empleados de la Imprenta Municipal".

El Acuerdo número 20 de 1934, por el cual se dispuso el funcionamiento de la Imprenta Municipal, nada dispone en cuanto a la designación del Director de la misma, a quien denomina *"Administrador Tipógrafo"* disponiendo la vigilancia de la Imprenta por el Personero y, la ordenación de los trabajos oficiales por el Secretario del Concejo; además de los onerosos que contraen los particulares.

El artículo 42 del Acuerdo 9 de 1965 que trata de las más difíciles materias *señala* que la "Imprenta será administrada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal.

"*Pero*, el Alcalde no sancionó, entre otros el artículo 42 'por inconvenientes e inconstitucionales' ".

Y, luego de declarar infundadas las objeciones, salvo la de los artículos 19 y 20, fue sancionado por el Presidente del Cabildo.

Cuarta: Cabe preguntarse, *¿pueden los Concejos determinar autónomamente que empleos municipales son de su exclusiva provisión?* Nuestra Carta Política señala en su artículo 197 las atribuciones de los Concejos, que deberán ser ejercidas *"conforme a la ley"*. Entre estas atribuciones se cuenta la señalada en el numeral 6º, que expresa textualmente: "Elegir Personeros y Tesoreros Municipales y *los demás funcionarios o empleados que la ley determine*" (destaca esta honorable Sala).

El Acto legislativo número 1 de 1986, vigente desde el 9 de enero pasado, sobre la materia introdujo una modificación así:

"*Artículo 5.* La atribución sexta del artículo 197 de la Constitución Política, quedará así:

" 'Elegir Personeros y Contralores Municipales cuando las normas vigentes lo autoricen. *Y los demás funcionarios que la ley determine*' " (Destaca la honorable Sala).

"*Es decir*, la competencia para nominar la derivan los Concejos de la ley.

"*Ahora bien*, si el Concejo de Cúcuta, no tiene como los demás cabildos, sino la *competencia para designar* los funcionarios que la Constitución o la ley señalen específicamente, mal podía otorgar una atribución de la cual carece, a la Mesa Directiva" (fls. 116-118).

Consideraciones:

Observa la Sala, en primer término, que a folio 16 obra el poder conferido por el doctor Francisco Augusto Berrío Zafra en su condición de Alcalde Mayor de la ciudad de Cúcuta, el cual no ostenta constancia alguna de presentación personal ni viene acompañado de prueba idónea que acredite la condición oficial invocada para que el poderdante pudiera ser tenido como representante legal del Municipio de Cúcuta.

Se contestó la demanda en ejercicio de este mandato en escrito que obra a folios 17-18, en donde el apoderado del Municipio solicita como pruebas los Acuerdos 20 de 1934, "por el cual se dispone el funcionamiento de la Imprenta Municipal"; 9 de 1965, "por el cual se crea una Escuela de Artes y Oficios y se dictan otras disposiciones", y 28 de 1984, "por el cual se adopta la planta de personal y se fijan las asignaciones del Municipio de Cúcuta para la vigencia fiscal de 1985".

Sin parar mientes en las deficiencias anotadas respecto del poder, el Ponente reconoció personería y decretó las pruebas relacionadas en la contestación de la demanda (fl. 19).

A este aspecto se refirió el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cúcuta en su vista reglamentaria, para solicitar un fallo inhibitorio, puntualizando que, "además de que la demanda no reúne los requisitos legales, una de las partes, en este caso la parte demandada, no está debidamente representada" (fls. 109-110). Desestimó el fallador este reparo por entender que la Fiscalía había propuesto una nulidad que no aparecía configurada en autos (fls. 115-116).

Cabe recordar, a este propósito, que, conforme a la disposición del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas pueden obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, *debidamente acreditados*. Según puede verse, el Alcalde Mayor de Cúcuta no acreditó su calidad de tal.

Conviene puntualizar así mismo que la falta de contestación de la demanda no es causal que invalide la actuación ni constituye razón para un fallo inhibitorio, pues no implica una irregularidad procesal de tal entidad; significa simplemente que la parte accionada, pudiendo

hacerlo, se abstuvo de utilizar el instrumento de defensa que le permitiría impetrar pruebas en su fávor, o alegar en derecho.

Fijados estos criterios, ha de concluirse que las pruebas solicitadas por quien dijo actuar en su "condición de abogado del honorable Concejo Municipal de Cúcuta" (fls. 17-18), no pueden ser tomadas en consideración.

Viniendo ahora al punto en controversia, precisa definir previamente, como que constituye la esencia del debate procesal, si el Concejo Municipal de San José de Cúcuta podía válidamente disponer la insubsistencia del actor, o, al contrario, tal facultad correspondía al Alcalde, según lo pretende el actor.

Niega lo primero el demandante, alegando que la Resolución número 181 de julio 22 de 1985 debió ser dictada por el Alcalde Municipal y no por el Concejo, que sólo tiene atribuciones para designar Personero, Tesorero y Contralor, en tanto que el cargo del cual se le separó "es de los comprendidos necesariamente entre los subordinados del burgomaestre", y que "en el caso *sub exámine*, ni siquiera fue el Concejo sino la Mesa Directiva quien, alegando unas facultades inexistentes contenidas en el Reglamento Interno del Cabildo, usurpó las funciones del Alcalde" (fls. 8-12 *passim*).

Era, pues, del resorte del demandante el demostrar que el Alcalde Mayor era el depositario de tal facultad, con lo cual, por deducción, quedaría excluido el Concejo Municipal.

Pero no lo hizo así: Al contrario, aportó, como prueba de sus planteamientos, el Acuerdo 28 de 1984 (fl. 7), cuyo texto, visible a folios 78 a 103, muestra, entre las dependencias del Cabildo, la Imprenta Municipal, de la cual era Director el demandante (fl. 80); no figura como dependencia de la Alcaldía, que es lo que se alega en la demanda.

Más aún: Es el propio demandante quien afirma:

1. Que, "mediante el procedimiento de colocar a la Imprenta Municipal como dependencia correspondiente al Concejo Municipal dentro del Presupuesto de 1985 (Acuerdo 28 de 1984), procedimiento repetido en años anteriores, se ha pretendido, hasta ahora impunemente, trasladar la competencia para nominar del Alcalde a la Mesa Directiva del Concejo Municipal" (fl. 8).

2. Que "fue así como mediante Resolución número 187 de 1984, diciembre 26, la Mesa Directiva del Concejo Municipal declaró insubsistente del cargo de Director de la Imprenta al señor Wilber Arnulfo Carvajal P. y nombró como su reemplazo al señor Juan José Ortega Silva, quien tomó posesión, el 28 del mismo mes y año" (fl. 8).

Quiere decir lo anterior, según el razonamiento del demandante, que fue él designado para el cargo de Director de la Imprenta Municipal por decisión de la Mesa Directiva del Cabildo mediante el mismo un acto por el cual se declaraba insubsistente a quien en ese momento desempeñaba ese cargo; y que tal actuación es consecuencia del "procedimiento de colocar la Imprenta Municipal como dependencia

correspondiente al Concejo Municipal", lo que merece su enfático rechazo, porque también a él le ocurrió más tarde.

Por otra parte y para abundar en razones, aporta el accionante pruebas idóneas de su aseveración: La Resolución 187 de 1984 por la cual la Comisión de la Mesa del Concejo Municipal de Cúcuta declara insubsistente el nombramiento del señor Wilber Arnulfo Carvajal P. del cargo de Director de la Imprenta Municipal de Cúcuta y designa, en su lugar, al demandante; y la Resolución 181 de julio 22 de 1985 (acto acusado), por la cual, en igual forma, se declara insubsistente el nombramiento del actor y se designa, en su lugar, al señor Pedro Javier Torres Peralta (fls. 2 y 3).

Así pues, falla la lógica en las formulaciones de la demanda, según las cuales el procedimiento es correcto cuando el designado es el demandante pero es equivocado cuando a él se lo aplican.

Una misma fórmula, adoptada en idénticas circunstancias, da lugar a reacciones diferentes: De aceptación en el primer caso y de repulsa en el segundo.

En suma, tanto por la confesión del propio demandante como por los documentos que aportó al proceso, se ve que entró al servicio de la administración municipal a través de una decisión de la Comisión de la Mesa del Concejo de Cúcuta y en igual forma fue separado del servicio.

Si el procedimiento es irregular, lo sería para ambos casos: Para el ingreso del actor y para su retiro. Pero ocurre que la conducta o actuación censurada en la demanda de colocar a la Imprenta Municipal como dependencia del Concejo por virtud del Acuerdo 28 de 1984, que es lo que despierta el abierto rechazo del accionante, no constituye el objeto de la acción promovida en este proceso. Mientras no sea anulado el Acuerdo 28 de 1984, tendrán plena validez, por este aspecto, las decisiones que se adopten con arreglo a las disposiciones del mismo, como la del *sub lite*, que es una simple aplicación del mismo en un caso específico.

Dicho en otros términos, no habiendo sido demandado y, por lo tanto, tampoco anulado el mencionado Acuerdo, su aplicación en casos concretos goza también de la presunción de legalidad.

Por lo demás, según se lee en el texto del Acuerdo 28, la Imprenta Municipal es dependencia del Concejo Municipal (fl. 80); no de la Alcaldía, como atrás se hizo notar.

Analiza el *a quo* la situación en los siguientes términos:

"¿Pueden los Concejos determinar autónomamente qué empleos municipales son de su exclusiva provisión?" (fl. 117).

Se responde el Tribunal negativamente apoyándose en textos de la Constitución Nacional.

Luego argumenta:

"Ahora bien, si el Concejo de Cúcuta no tiene como los demás cabildos sino la competencia para designar los funcionarios que la

Constitución o la ley señalen específicamente, mal podría otorgar una atribución de la cual carece, a la Mesa Directiva" (fl. 118).

La conclusión que de este planteamiento se desprende expontáneamente es que la ilegalidad debe buscarse justamente en el acto por el cual el Concejo Municipal asumió funciones que, según la tesis, no le corresponden, es decir, en el Acuerdo 28 de 1984, y no en el acto por el cual el Concejo, asumida esa función, la ejerció en un caso específico.

Resta advertir que el hecho de que el Concejo Municipal de Cúcuta, a través de su Mesa Directiva, hubiera invocado, en el encabezamiento del acto acusado, el Acuerdo 005 de 1962, resulta intrascendente desde el punto de vista del enfoque de la demanda, dado que ésta se circunscribe a acusar el acto administrativo por el aspecto de la competencia, definida, como se vio, en el Acuerdo 28.

Estas simples observaciones llevan a la conclusión de que el fallo consultado ha de ser revocado.

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

Falla:

1. *Revócase* la sentencia de agosto ocho (8) de mil novecientos ochenta y seis (1986) del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

2. Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 8 de mayo de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Ausente; *Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

EXPROPIACION (art. 30, inciso 3º de la C. N.).

1º Requisitos.

2º Etapas y procedimientos.

Legislativa.

Administrativa.

Judicial.

3º MOTIVOS DE UTILIDAD PUBLICA E INTERES SOCIAL (art. 30 de la C. N.; art. 10 del Acto legislativo Nº 1 de 1936). Artículo 9º de la Ley 36 de 1966. Definición de "materias de utilidad pública". IMPOSICION DE SERVIDUMBRES. EXPROPIACION DE "UNA EXPLOTACION DE CANTERA". Siendo pues de la incumbencia de la ley la declaratoria de utilidad pública o interés social, y habiéndola hecho la Ley 36 de 1966 para una explotación de una cantera, la declaratoria de UTILIDAD PUBLICA del mismo acuerdo acusado no tiene más sentido que el de una REFERENCIA A DICHA LEY, sin duda con el propósito de sentar la premisa de la orden de expropiación que el acuerdo lleva implícita. EXPROPIACION. MOTIVOS. No deben buscarse o situarse en las necesidades locales sino en las leyes pertinentes, por cuanto lo esencial, como primer requisito de la expropiación, es que las obras que se pretendan ejecutar se hallen definidas como causa de utilidad pública o interés social, NORMAS DE PRODUCCION LEGISLATIVA. EXPROPIACION: LEGITIMACION. Ella debe declararse por medio de una sentencia judicial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 558. Asuntos Municipales. Actor: Carmenza González de Arboleda.

Se decide el grado de consulta a que ha sido sometida la sentencia de junio 23 de 1986 dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda en este proceso sobre nulidad del Acuerdo número 70 de 7 de diciembre de 1983 dictado por el Concejo Municipal de Pereira.

Antecedentes:

En escrito presentado el 13 de noviembre de 1984, demandó la señora Carmenza González de Arboleda la nulidad del citado Acuerdo, por el cual "el Concejo Municipal de Pereira en uso de sus atribuciones

legales, especialmente las comprendidas en el numeral 1º del artículo 197 de la Constitución Nacional y de conformidad por lo expuesto en el artículo 9º de la Ley 36 de 1966", dispuso:

"1º Se reconoce la utilidad pública e interés social y se ordena la expropiación de una explotación de cantera de ocho (8) hectáreas de superficie y una cuelga de sesenta (60) metros aproximados, en predios de propiedad de Octavio Acosta, Ciudadela Parque Industrial y Familiar González, localizados en la vía que de Pereira conduce a Marsella, con las siguientes dimensiones: '...' (a continuación los linderos).

"2º La cantera mencionada será explotada directamente por el Municipio de Pereira durante 96 años y los materiales se destinarán a la construcción, mejoras, ensanche y conservación de las obras públicas que se adelanten en el Municipio.

"3º El Alcalde Municipal procederá a iniciar los trámites administrativos y o jurisdiccionales que fueren del caso para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Acuerdo".

Impulsado el proceso y agotada su tramitación, puso el Tribunal fin a la primera instancia mediante su sentencia de junio 23 de 1986, declarando la nulidad del Acuerdo acusado y condenando "al Municipio de Pereira a pagar, perjuicios materiales a la señora Carmenza González de Arboleda por el valor que se liquide mediante el procedimiento incidental previsto en los incisos 172 del Código Contencioso Administrativo y 308 del Código de Procedimiento Civil".

Al acoger el Tribunal del conocimiento los planteamientos formulados en la demanda, concluye que "el artículo 9º de la Ley 36 de 1966, norma invocada por la Administración para fundar en ella el acto acusado, fue derogada por el artículo 204 del Decreto 250 (se refiere en realidad el *a quo* al 150) de 1976, y, más amplia y concretamente, por el Decreto 222 de 1983". Se dice luego en el fallo, con apoyo en doctrina del Consejo de Estado que "el error en que incurren los Concejos al apoyar su acuerdo en una norma derogada, o, equivocada, no se deriva en irregularidad capaz de viciarlos". Así las cosas, agrega el *a quo*. "El acto acusado encuentra, en principio, respaldo legal, no, ciertamente, en la norma invocada en su propio texto, pero sí en el artículo 108 del Decreto 222 de 1983 que declara 'de utilidad pública para todos los efectos legales la adquisición y la imposición de servidumbres sobre bienes inmuebles de propiedad particular, cuando tal adquisición o imposición sean necesarias para la ejecución de los contratos definidos en el artículo 81 de este estatuto (todos los relacionados con obras públicas)'. Del resto de la parte considerativa del fallo materia de consulta, cabe destacar los siguientes apartes que dilucidan cabalmente la materia debatida:

"Los artículos 108 y 109 del Decreto 222 de 1983, en los que podía y debía apoyarse el Acuerdo en examen, así éste no lo expresase en su cuerpo documental, le imponían ser más diáfano, o, en término de normatividad positiva, ser 'adecuado a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa'...En este orden de ideas, las alternativas de la Administración frente a la cantera que nos ocupa, a la luz de las normas legales en que podía apoyarse eran las siguientes: a) Adquirirla, es decir, negociar o expropiar su

pleno dominio; b) imponerle servidumbre, es decir, aprovecharse, también la Administración, de parte del uso y goce del inmueble, pero no usarlo y gozarlo todo, con exclusión del dueño y, c) ocuparlo temporalmente, pero 'limitándose al espacio y tiempo estrictamente indispensable, causando el menor daño posible'. En ninguno de estos tres supuestos se ubica el Acuerdo acusado; luego quebranta los ordenamientos constitucionales y legales que disciplinan el instituto jurídico de la expropiación. Tal parece que así lo ha entendido la propia Administración: Por ello, aquí no produjo alegato alguno enderezado a defender al Acuerdo acusado de los vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad que en la demanda se le atribuyen, y se ha limitado a decir que el dicho acto 'jamás tuvo cumplimiento...' ".

Consideraciones:

Conforme el inciso tercero del artículo 30 de la Constitución Nacional, "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa". Este es un principio normativo de las relaciones civiles entre el Estado y los particulares que se traduce en que nadie puede ser privado de su propidad sino por causa de utilidad común legalmente justificada, toda vez que siendo la propiedad privada un derecho inviolable no puede obligarse a ninguna persona que ceda su derecho al Estado por cualquier motivo insignificante. Tal la razón para que en la Legislación Colombiana se hubieran establecido etapas o procedimientos para llegar a ese fin determinado, verbigracia la etapa legislativa en la cual el legislador indica cuáles son los motivos de utilidad pública e interés social que justifican la expropiación; la etapa administrativa en la cual la persona o entidad pública competente indican claramente, en forma concreta y para el caso particular, cuáles son los bienes afectados por aquellos motivos; y la etapa judicial, cuyo objeto es decretar la expropiación y fijar la indemnización correspondiente.

De suerte pues que el artículo 30 de la Constitución (art. 10 del Acto legislativo Nº 1 de 1936), atribuye al legislador la definición de los motivos de utilidad pública o de interés social que justifican la expropiación de la propiedad privada. Y en ejercicio de esta facultad la ley, en este caso el artículo 9º de la Ley 36 de 1966, ha definido como motivos de utilidad pública "para decretar tanto la expropiación de terrenos particulares, como la explotación de canteras y la limitación al derecho de dominio mediante la imposición de servidumbres, según el artículo 30 de la Constitución Nacional, la construcción, mejoras, ensanches y conservación de las obras públicas".

Tanto el demandante como el Tribunal estiman que la Ley 36 de 1966 ha sido derogada tácitamente por el Decreto 3130 de 1968, el Decreto 150 de 1976 y más concretamente por el Decreto 222 de 1983, estimando al efecto que la justificación jurídica del acto acusado habría que buscarla concretamente en el artículo 108 de este último decreto que dispone: "De conformidad con las leyes vigentes, considérase de utilidad pública para todos los efectos legales la adquisición y la imposición de servidumbres sobre bienes inmuebles de propiedad particular, cuando tal adquisición o imposición de servidumbres sean necesarias para la ejecución de los contratos definidos en el artículo

81 del presente estatuto". Y el artículo 81 citado dice que son contratos de obras públicas "los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público". No comparte la Sala esa apreciación porque basta la simple lectura del artículo 9º de la Ley 36 de 1966 para comprender que allí se hace referencia a una situación muy diferente a la contemplada en el artículo 108 del Decreto 222 de 1983. Una cosa con los contratos a que aluden los artículos 108 y 81 del Decreto 222 de 1983, y otra muy diferente es la expropiación de terrenos particulares, la explotación de canteras y la limitación al derecho de dominio mediante la imposición de servidumbres que se consideran como motivos de utilidad pública en el artículo 9º de la Ley 36 de 1966 tantas veces citada, norma que, en sentir de la Sala está vigente.

El Acuerdo cuya nulidad se impetró, declara la utilidad pública e interés social y ordena la expropiación de "una explotación de cantera de ocho (8) hectáreas de superficie y una cuelga de sesenta (60) metros aproximados...". Advierte que la cantera será explotada directamente por el Municipio de Pereira durante 96 años y los materiales se destinarán a la construcción, mejora, ensanche y conservación de las obras públicas, y que el Alcalde Municipal procederá a iniciar los trámites administrativos o jurisdiccionales que fueren del caso para el cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo. Así mismo, faculta al señor Alcalde para abrir créditos, efectuar contracréditos y hacer los traslados presupuestales que fueren necesarios para su cumplimiento.

Siendo pues de la incumbencia de la ley la declaración de utilidad pública o interés social, y habiéndola hecho la Ley 36 de 1966 anteriormente citada para una explotación como la que el Acuerdo acusado especifica, la declaratoria de utilidad pública del mismo acuerdo no tiene más sentido que el de una referencia a dicha ley, sin duda con el propósito de sentar la premisa de la orden de expropiación que el Acuerdo lleva implícita. Por consiguiente, la definición de los motivos de expropiación no debe buscarse y situarse en las necesidades locales sino en las leyes pertinentes, por cuanto lo esencial, como primer requisito de la expropiación, es que las obras que se pretenda ejecutar se hallen definidas como causa de utilidad pública e interés social, careciendo entonces de importancia el que el acuerdo impugnado al reproducir esa definición legislativa, la refiera a los terrenos necesarios donde está ubicada la cantera.

Por último, es obvio pensar que para la legitimidad de la expropiación, a términos del artículo 30 de la Carta, sea menester que ella se declare por medio de una sentencia judicial puesto que, se repite, sólo puede imponerse o decretarse "mediante sentencia judicial e indemnización previa", naturalmente que en todos los casos de normatividad civil, pues en caso de guerra opera el artículo 33 de la Constitución según el cual, sólo para atender al restablecimiento del orden público la necesidad de la expropiación podrá ser decretada por autoridad no perteneciente al orden judicial, sin que sea previa la indemnización.

Por manera que como es el mismo Acuerdo acusado el que faculta al señor Alcalde Municipal de Pereira para proceder a iniciar los

trámites administrativos o judiciales que fueren del caso para el cumplimiento de lo en él dispuesto, quiere significar ello que se están cumpliendo todas las etapas para la viabilidad jurídica de la expropiación que por motivos de utilidad pública e interés social en el mismo se reconoce. Y así las cosas, las violaciones que se atribuyen al acuerdo no se patentizan y, por lo mismo, la sentencia del Tribunal habrá de ser revocada para en su lugar negarse las peticiones de la demanda.

Y en razón de lo dicho, 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:

Revócase la sentencia consultada proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 23 de junio de 1986, y en su lugar, *niéganse* las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el 17 de junio de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantajo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONCEJOS MUNICIPALES. CONTRIBUCIONES Y GASTOS LOCALES.—

Artículo 197 de la Constitución Nacional. Votación en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas.

FACULTAD IMPOSITIVA DEL CONGRESO.

FACULTAD IMPOSITIVA DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES. La reciente reforma Constitucional (Acto legislativo Nº 1 de 1986), no modificó el esquema tributario consistente en que los Municipios no pueden "crear" impuestos, sino de acuerdo a la autorización del legislador.

IMPUESTOS A ESPECTACULOS PUBLICOS.

El Decreto 1333 de 1986 (abril 25), en el artículo 233 lo incluyó dentro del capítulo de impuestos municipales y expresó que dicho impuesto "es propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial". Ratificación de la cesión que a partir del 1º de enero de 1969 les hizo el legislador a los Municipios.

ADMINISTRACION MUNICIPAL. Estatuto básico (Ley 11 de 1986).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1706. Actor: Juan Antonio Pabón A.

Apelación auto del Tribunal Administrativo del Atlántico.

Se procede a resolver de plano el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 1º de noviembre de 1986, dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el cual aceptó demanda de nulidad y ordenó la suspensión provisional del Acuerdo número 007 de agosto 29 de 1986 "por el cual se establece el impuesto a espectáculos públicos" expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla.

La demanda fue interpuesta por el ciudadano Juan Antonio Pabón Arrieta y se presentó como impugnador de ella el ciudadano y concejal Joaquín Romero, mediante apoderado judicial.

La demanda por reunir los requisitos formales fue aceptada por el Tribunal Seccional, el cual además decretó la suspensión provisional del acto acusado fundamentalmente con este argumento:

"En materia impositiva las facultades de los Concejos Municipales están subordinados a la ley por mandato del artículo 197, ordinal 2º de la Carta. Respecto del impuesto de carácter nacional establecido por el artículo 3º, literal a) de la Ley 33 de 1968, en concordancia con el artículo 6º del Decreto reglamentario 57 de 1969. Por tal causa el Concejo Municipal de Barranquilla carece de atribuciones legales para establecer un nuevo impuesto de espectáculos públicos, conforme se hace en el Acuerdo *sub júdice*".

El impugnador considera que además de no ser ostensible la violación, en la actualidad los Concejos tienen competencia legal para decretar impuestos conforme a la Ley 11 de 1986 y al Decreto 1333 de 1986, según las cuales el municipio puede decretar exenciones.

Para resolver el recurso interpuesto, la Sala procede a examinar el tema de la suspensión provisional, bajo las siguientes,

Consideraciones:

El artículo 197 de la Constitución Nacional consagra como segunda atribución de los Concejos Municipales la de "votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales". Armonizada esta norma con el artículo 43 relativo a la facultad impositiva en cabeza del Congreso, se consideran como los fundamentos constitucionales del poder impositivo de los Concejos cuya característica principal es la de ser derivado o subordinado a la ley y a las ordenanzas.

Los Municipios no pueden "crear" en forma directa gravámenes, sino de acuerdo a la autorización del legislador.

La reciente reforma constitucional de algunos importantes aspectos de la organización municipal, consagrada en el Acto legislativo número 1 de 1986, no modificó este esquema tributario.

La Ley 11 de 1986 sobre estatuto básico de la administración municipal confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para "codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de la administración municipal", en desarrollo de las cuales el Decreto 1333 de 1986 (abril 25), en el artículo 223 incluyó dentro del capítulo de los impuestos municipales el de "espectáculos públicos" (establecido por el art. 7º de la Ley 12 de 1932). y expresó que dicho impuesto "es propiedad exclusiva de los municipios y del Distrito Especial".

Con tal disposición se ratificó la cesión que a partir del 1º de enero de 1969 les hizo el legislador a los municipios mediante el artículo 3º de la Ley 33 de 1968, cuando dispuso que a partir de esa fecha "serán de propiedad exclusiva de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá los siguientes impuestos que se causen en sus respectivas jurisdicciones", incluyendo el de "espectáculos públicos".

Esta cesión del producto del impuesto, al engrosar las arcas municipales, quedó protegida con la garantía constitucional del artículo 183 de la Constitución, en el sentido de que "el Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos e impuestos de tales entidades". Pero, ni la cesión de la propiedad del producto que

se cause en su territorio, ni la prohibición al Gobierno central de conceder exenciones, debe confundirse con la facultad de *crear* impuestos. Esta continúa siendo del legislador nacional quien conserva la potestad de crearlos, suprimirlos o modificarlos.

Distinta es la facultad de *administrar* que por derecho le corresponde al propio municipio y en virtud de la cual debe velar en la misma forma que sobre los demás intereses y bienes de su propiedad. Además, por no ser contradictoria con ninguna norma del régimen municipal, puede entenderse en esta materia, vigente el parágrafo del artículo 3º de la Ley 33 de 1968 que al ceder impuestos entre ellos el de espectáculos públicos, encomendó a los municipios organizar la administración de tales impuestos, así:

"Ley 33 de 1968 (noviembre 15).

"*Artículo 3º* A partir del 1º de enero de 1969, serán de propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá los siguientes impuestos que se causen en sus respectivas jurisdicciones:

"a) El impuesto denominado 'espectáculos públicos', establecido por el artículo 7º de la Ley 12 de 1932 y demás disposiciones complementarias;

"b) .....;

"c) .....

"*Parágrafo*. Los Municipios y el Distrito Especial procederán a organizar y a asumir oportunamente la administración y recaudo de los impuestos a que se refiere este artículo, con las tarifas y sobre las bases normativas en vigencia".

Se sigue de lo anterior que el error que se aprecia a primera vista en el Acuerdo acusado número 007 de 1986 del Concejo de Barranquilla, es el de pretender "establecer" o sea, crear el impuesto de espectáculos públicos, tanto por las razones expuestas de competencia, como por la obvia de que no puede volver a crearse lo que ya existe. Por ello la Sala está de acuerdo en la suspensión provisional decretada por el Tribunal y relativa al artículo 1º.

En cambio, considera que los demás artículos, como normas relativas a la administración y destino de las rentas, están dentro de su competencia, por lo cual debe levantarse la orden de suspensión provisional de ellos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

1º *Revócase* el auto apelado, en lo relativo a la suspensión provisional de los artículos 2º y siguientes del Acuerdo número 007 de agosto 29 de 1986, proferido por el Concejo Municipal de Barranquilla.

2º *Confírmase* en todo lo demás, inclusive la suspensión provisional del artículo 1º del mencionado Acuerdo.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

(Se deja constancia que la presente providencia se discutió y aprobó en la sesión de Sala de la fecha).

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CAPITULO TERCERO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

NOTIFICACION. ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE NO SE NOTIFICAN.—

Los actos que no se notifican son aquellos que no ponen fin a un negocio o actuación administrativa como son los de DECLARACION DE "INSUBSISTENCIA" de un nombramiento y NO ESTAN SUJETOS A RECURSOS por la vía gubernativa (Decreto 2733 de 1959).

EJERCICIO DE LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION (Decreto 01 de 1984).

Para su ejercicio, no son aplicables la primera parte de dicho estatuto, entre cuyas normas están las que gobiernan el AGOTAMIENTO DE VIA GUBERNATIVA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cinco de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Proyectó: *Roberto Salgado,* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente número 2025. Asuntos Municipales. Actor: Alvaro Villamizar Cardozo.

Alvaro Villamizar Cardozo, por intermedio de apoderado, ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda en la cual pidió se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera:* Que es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución número 001538 de agosto 18 de 1983, emanada de la Gerencia General del establecimiento público Empresas Municipales de Cali, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento del Ingeniero Alvaro Villamizar Cardozo, Registro 9432, en el cargo de Jefe de la Unidad de Hidrorecursos de la Gerencia de Planeación y Desarrollo, categoría 101, código 185, code 38107; por adolecer este acto del requisito establecido en el artículo 11, parágrafo 2º del Decreto 2733 de 1959 y además por violar los trámites establecidos por el reglamento de trabajo de la empresa, expedido mediante Resolución número 330 del 11 de marzo de 1982, debidamente aprobada por la Oficina del Trabajo Seccional del Valle del Cauca.

"*Segunda:* Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene el restablecimiento del señor Alvaro Villamizar Cardozo, registro

9432, en el cargo de Jefe de la Unidad de Hidrorecursos de la Gerencia de Planeación y Desarrollo, categoría 101, código 185, code 39107 del establecimiento público 'Empresas Municipales de Cali.

"*Tercera:* Igualmente se ordene el pago de las asignaciones mensuales que mi representado señor Alvaro Villamizar Cardozo halla dejado de percibir desde el día 18 de agosto de 1983 hasta que sea reintegrado en su cargo.

"*Cuarto:* También se ordene el pago de las prestaciones sociales que se causen durante el tiempo que permanezca el actor por fuera del cargo, tiempo éste que deberá computarse para todos los efectos y derechos sociales del trabajador" (fl. 41).

Los hechos expuestos en la demanda son estos:

"*Primero:* El actor fue designado como profesional del Area Ejecución de Obras, categoría pendiente, cargo 895, code 38107, mediante el artículo 9º de la Resolución 12549 de marzo 30 de 1978, emanada de la Gerencia General del establecimiento público Empresas Municipales de Cali, y tomó posesión de su cargo el 13 de abril de 1978 mediante acta de posesión fechada el mismo día.

"*Segundo:* Mediante Resolución 13887 de octubre 17 de 1978 emanada del establecimiento público Empresas Municipales de Cali, se asciende al actor como Coordinador de la Unidad de Hidrorecursos en la Gerencia de Planeación y Desarrollo, categoría 90, cargo 185, code 38107, registro 9432, con una asignación mensual de doce mil pesos moneda corriente ($ 12.000.oo) básico y doce mil pesos moneda corriente ($ 12.000.oo), por concepto de gastos de representación.

"*Tercero:* Mediante telegrama fechado en agosto 21 de 1983, 9:30 a.m. por Telecom, se le comunica al actor que 'debe presentarse a la torre de Emcali, piso 3º para notificarse de la Resolución GG1538 de agosto 19 de 1983 (sic) cinco días hábiles recibo presente comunicación' firmada por el Secretario General de Emcali. El actor trabajó hasta esa fecha sin que tuviera notificación alguna del procedimiento que se seguía para despedirlo.

"*Cuarto:* La citación anterior, remitida al actor, tenía por objeto notificarle el acto acusado, es decir la Resolución número 001538 de agosto 18 de 1983 y no de agosto 19 como dice en la citación, en donde su artículo primero dice así:

" 'A partir de la fecha, declárase insubsistente el nombramiento del Ingeniero Alvaro Villamizar Cardozo, registro 9432, en el cargo de Jefe de la Unidad de Hidrorecursos de la Gerencia de Planeación y Desarrollo, categoría 101, código 185, code 38107'.

"El actor se notificó de dicha providencia que adolece de los requisitos establecidos por el Decreto 2733 de 1959 y por violación del reglamento de trabajo vigente en la empresa y debidamente expedido por ésta.

"*Quinto.* No obstante la Resolución anterior y los defectos jurídicos que ésta contiene, el actor mediante escrito de agosto 25 de 1983 presentó el recurso de apelación al acto administrativo exponiendo en

las razones para dicha petición sin que hasta la fecha halla obtenido respuesta por lo tanto se considera agotada la vía gubernativa.

"*Sexto:* El buen servicio de la empresa se ha visto afectado por el retiro que ésta hiciera de mi demandante.

"*Séptimo:* Con fecha marzo 11 de 1982, mediante Resolución 330, el establecimiento público Empresas Municipales de Cali, dictó el reglamento de trabajo interno que en su artículo primero dice:

" 'Adoptar el reglamento interno de trabajo que se dicta en esta Resolución, el cual regirá para todos las dependencias de Emcali'.

"La empresa violando ostensiblemente dicho reglamento de trabajo, procedió a despedir al actor sin calificar previamente las faltas que éste hubiera cometido y las razones por las cuales debía de despedirlo así como no siguió el procedimiento para faltas y sanciones disciplinarias.

"*Octavo:* El reglamento de trabajo fue aprobado por la Oficina Regional del Trabajo Seccional del Valle y fue publicado por la empresa para todo el personal. El reglamento en mención fue elaborado y aprobado conforme lo establece el Decreto 2127 de 1945 reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, y tiene aplicación para todo el personal que labore en la empresa, sin tener en consideración que se trata de trabajadores oficiales o de empleados públicos, pues como se desprende de él, se refiere a los *trabajadores* de la empresa así como lo establece la Ley 6ª de 1945 que denomina trabajadores a todos los que laboran en la empresa y para el sector oficial distingue entre empleados y obreros.

"*Noveno:* Las normas que contiene el reglamento de trabajo expedido por la empresa, se aplican a los empleados y a los obreros excepto en las partes pactadas por Convención Colectiva que se aplican exclusivamente a los obreros. Lo correspondiente a ingreso, cumplimiento de horario, sanciones disciplinarias y causales de terminación de la relación legal establecida con los empleados se rige por las normas del reglamento" (fls. 42 y 43).

Las disposiciones violadas y el concepto de la violación fueron planteados así:

"1. El acto administrativo acusado fue expedido con abuso de autoridad por parte del funcionario. Efectivamente las funciones y facultades para remover libremente a los funcionarios públicos adscritos al establecimiento Empresas Municipales de Cali, sólo se pueden ejercer previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el reglamento de trabajo vigente en la empresa y el acto acusado no cumplió con dichos requisitos previos.

"2. Fue expedido en forma irregular: El acto administrativo acusado, no fue expedido adecuadamente puesto que en ninguna de sus partes menciona los recursos que pueden proceder contra él, así como tampoco en la notificación se dejó constancia de ello.

"3. El acto fue expedido con desviación de poder pues la finalidad de los actos de administración está orientada a garantizar la buena prestación de los servicios públicos a cargo del Estado respetando

los derechos ciudadanos y el acto acusado ha afectado dicho servicio pues el demandante no gozó de los derechos y privilegios que establece el reglamento de trabajo.

"Normas que se consideran violadas:

"Artículos 20 y 26 de la Constitución Política de Colombia; Decreto 2733 de 1951, artículos 10 y subsiguientes; Reglamento de Trabajo vigente en la empresa contenido en la Resolución número 330 de marzo 11 de 1982" (fls. 43 y 44).

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de inepta demanda en estos términos:

"Fundamento esta excepción en el hecho de que el demandante no agotó el procedimiento gubernativo correspondiente a la Resolución número GG-001538 de agosto 18 de 1983 proferida por el Gerente General de Emcali, previamente a acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

"La Ley 167 de 1941, contentiva del Código Contencioso Administrativo vigente a la época en que fue admitida la demanda formulada con el actor Alvaro Villamizar Cardozo disponía en su artículo 71:

" 'Para que un acto de la naturaleza de los expresados en este capítulo sea admisible en recurso jurisdiccional, es necesario que no sea susceptible de recurso en vía gubernativa, por no haberlo establecido la ley o por haberse agotado ésta'.

"Es claro que este presupuesto, indispensable para admitir la demanda, no fue satisfecho por el actor.

"La Resolución GG-001538 de agosto 18 de 1983 era susceptible de recurso de reposición interpuesto ante el Gerente General de Emcali. Sin embargo, el actor no lo interpuso, luego la mencionada Resolución quedó en firme sin haberse agotado la vía gubernativa" (fls. 64 y 65).

El Tribunal del conocimiento dictó sentencia de primera instancia el 13 de marzo de 1986, negando las pretensiones de la demanda.

Apelada dicha providencia, la parte demandante presentó un memorial de sustentación del recurso, en los términos que se transcriben a continuación:

"1º La Ley 6ª de 1945, norma que rige las relaciones en el nivel municipal autoriza a la empresa para expedir el reglamento de trabajo de sus servidores. Una revisión del texto legal nos permite verificar que tal ley denomina trabajadores a todos los servidores de la empresa y distingue empleados y obreros. El reglamento de trabajo expedido por la mediante la Resolución número 330 de marzo 11 de 1982 establece ciertos procedimientos que no fueron considerados por la demandada para el despido y en consecuencia se violó el derecho de defensa del trabajador. Probado esto deberá accederse a las peticiones de la demanda revocando lo resuelto en primera instancia.

"2º Como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia (Resolución 001538 de 1983). El señor Gerente incurrió en una violación directa de la Constitución Nacional pues de acuerdo al artículo 62, inciso 2º, *no tiene facultad* para nombrar y remover empleados administrativos por estar restringida por el propio texto constitucional.

"El Congreso de Colombia, si bien es cierto ha expedido normas para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito de antigüedad y de jubilación retiro o despido para el orden nacional no lo ha hecho para los servidores del *orden municipal* y mientras tales normas no existan la facultad de libre nombramiento y remoción no pueden ejercerla los funcionarios de este orden.

"Esta regla constitucional originada en el plebiscito del 1º de diciembre de 1957 tiene, como es de todos conocido, un origen histórico que dio pie para los acuerdos del Frente Nacional y no tiene otro fin que la *estabilidad en el empleo* para terminar con la persecución política en el servicio público entre tanto se expedían las leyes que rigieran la carrera administrativa en el territorio nacional.

"La restricción constitucional está vigente y debe ser reconocida pues la Resolución que declaró la insubsistencia de mi mandante viola flagrantemente la norma constitucional citada y en consecuencia se le debe restablecer su derecho" (fls. 148 y 149).

En su oportunidad la Fiscalía Cuarta de la Corporación emitió su concepto, en el cual consideró que debía confirmarse la sentencia apelada.

Llegado el momento de resolver el recurso interpuesto, se procede a ello, previas las siguientes

Consideraciones:

La excepción propuesta. De la lógica interpretación de las disposiciones del Decreto 2733 de 1959, vigente cuando se expidió el acto acusado, se infiere que los actos que no debían notificarse por no ponerle fin a un negocio o actuación administrativa, como lo son los de declaratoria de insubsistencia de un nombramiento, no estaban sujetos a recursos por la vía gubernativa.

Ello explica que expresa y posteriormente el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo haya establecido que para el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, no es aplicable la primera parte de dichos estatutos, entre cuyas normas están las que gobiernan el agotamiento de la vía gubernativa.

Luego, si contra el acto acusado no procedía recurso alguno en la vía gubernativa mal puede sostenerse, como lo hace la parte demandada, que la demanda es inepta por no haberse agotado aquella mediante la interposición del recurso de reposición.

El alegato del recurso. Como quedó transcrito, en el alegato sustentatorio del recurso de apelación la parte demandante sostiene que el funcionario expedidor del acto acusado incurrió en violación del artículo 62 inciso segundo de la Constitución Política, norma que no

aparece con su respectivo concepto de violación en la demanda, según se copió anteriormente.

Como bien lo observa la Fiscalía ello no es admisible dado el carácter rogado de esta jurisdicción, en la cual, tratándose de la acción de restablecimiento del derecho, la decisión para acceder a lo pretendido debe tener en cuenta únicamente las normas indicadas en la demanda y el concepto de la transgresión que se haya expuesto en la misma.

Las causales de nulidad alegadas en la demanda.

Conforme se vio al transcribir la demanda, el actor apoya sus pretensiones en tres conceptos de violación de las normas allí consignadas, de los cuales los correspondientes a los apartes 1 y 3 tienen relación directa con el reglamento de trabajo de la parte demandada, aprobado por la Resolución 312 de 1º de abril de 1982 de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Valle del Cauca (cuaderno número 2).

En tales cargos contra el acto acusado se parte del supuesto de que el mencionado reglamento de trabajo es aplicable al caso del actor, pues cobija —según la demanda— tanto a los trabajadores oficiales como a los empleados públicos. Obviamente, no se ha discutido en este proceso la condición jurídica del demandante que sin duda fue la de empleado público.

No acierta el demandante en su apreciación, pues el reglamento interno de trabajo está previsto por la Ley 6ª de 1945 en su Sección I (art. 2º) no aplicable a los empleados públicos, por referirse dicha Sección al contrato individual de trabajo, ajeno a tales funcionarios, fuera de que el propio reglamento en el parágrafo del artículo 5º así lo dispuso cuando ordenó que haría parte del contrato individual de trabajo de cada uno de los trabajadores de la demandada.

Entonces quedan sin piso los cargos que la demanda denomina abuso de autoridad y desviación de poder relacionados directamente con la procedencia de la aplicación al presente asunto del aludido reglamento interno de trabajo.

El último cargo hace referencia a la expedición irregular del acto acusado por no haberse indicado en él los recursos que procedían, omisión en que se incurrió, además, en la notificación, según se afirma.

Al estudiarse la excepción propuesta por la parte demandada quedó vista la razón por la cual el acto acusado no debía notificarse, lo cual conduce, necesariamente, a desestimar la argumentación del actor respecto de las presuntas omisiones en que incurrieron el acto demandado y la diligencia de notificación. Pero, además, en la hipótesis de que tales omisiones se hubieran configurado, la consecuencia no habría sido la nulidad del acto, en razón de que tanto las normas que invoca el actor del Decreto 2733 de 1959 como el Código Contencioso Administrativo (art. 48) establecen que en esas condiciones "... no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales".

Luego, la causal de nulidad que el actor denominó expedición irregular tampoco se demostró.

Estudiados como se encuentran los motivos de nulidad presentados en la demanda, huelgan, en tales circunstancias las consideraciones atinentes a la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción del demandante, no amparado por normas de alguna carrera ni sujeto a un período para el ejercicio del cargo, y a la facultad que tenía la administración para removerlo, pues, sencillamente, el demandante nada afirmó, por estos aspectos, en contra del acto acusado.

Consecuentemente, se confirmará la sentencia apelada.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 20 de febrero de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION.— Efectos. ACTO DE ADJUDICACION. No es en su esencia, UNILATERAL. Es algo más, puede afirmarse que él es el convenio mismo o el ajuste de voluntades producto entre la administración contratante y el contratista que presentó la mejor propuesta. EL CARACTER BILATERAL que muestra el acto mencionado impide que su régimen sea el mismo establecido para los estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o de plena jurisdicción reguladas en el Código Administrativo.

SUSPENSION PROVISIONAL DEL ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO. Improcedibilidad. El acto de adjudicación crea una situación jurídica concreta para el beneficiario del mismo, que no puede ser modificada ni alterada sin su previa aquiescencia.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., tres de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número S-003 (4926). Actor: Sociedad Ericsson de Colombia S. A. Demandado: Empresa de Teléfonos de Bogotá.

I

Procede la Sala a decidir de plano, como lo preceptúa el inciso final del artículo 155 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la providencia calendada el día veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, que en su punto octavo decidió no acceder a la suspensión provisional del acto acusado, por las razones de orden jurídico que en ella se precisan. Para una mejor comprensión del asunto, se transcriben, en lo pertinente aspectos de interés de la demanda; de la providencia del *a quo*; de la sustentación del recurso y de la posición de los apoderados que defienden la situación jurídica de la parte demandada.

Petítum:

El actor concretó el *petítum* en los siguientes términos:

"*Primero.* Que se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual, la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, en su sesión del 28 de junio de 1985, que consta en el Acta 459,

adjudicó a Siemens Aktiengesellschaft 'el Sistema de Conmutación con los Opcionales y Ajustes Recomendados' así como 'la Red digital de servicios integrados y facilidades adicionales para el Centro de Administración, Operación y Mantenimiento, etc.'.

"*Segundo.* Que como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, adjudicar a Ericsson de Colombia S. A. 'el Sistema de Conmutación con los Opcionales y Ajustes Recomendados' así como 'la Red digital de servicios integrados y facilidades adicionales para el Centro de Administración, Operación y Mantenimiento'.

"*Tercero.* Que en subsidio de la anterior, y también a modo de restablecimiento del derecho, se ordene a la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, readjudicar los equipos a que se refieren las peticiones anteriores, 'con rigurosa aplicación del pliego de condiciones correspondiente'.

"*Cuarto.* Que para el evento de que en la fecha en que se dicte la sentencia que ponga fin al presente proceso, ya no fuere posible satisfacer las pretensiones segunda y tercera, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Empresa de Teléfonos de Bogotá a reparar a Ericsson de Colombia S. A. los perjuicios que por concepto de daño emergente y de lucro cesante, se le han y se le llegaren a causar, por no podérseles adjudicar los equipos citados. Dicha condena se hará en la cuantía que se determine dentro del proceso o en el correspondiente incidente de regulación, debidamente actualizada al momento del pago".

Cargos con fundamento en los cuales el apoderado de la parte actora solicita la suspensión provisional

"Primer cargo:

"*Violación manifiesta de las siguientes disposiciones: Acápite 3.13.3* del Pliego de Condiciones, artículo 282 del Decreto 222 de 1983 por remisión del acápite 3.13.1.1. del pliego.

"Estas disposiciones de orden superior prescriben que en la comparación de ofertas nacionales con extranjeras 'no se tendrán en cuenta las condiciones financieras ofrecidas'.

"Basta la simple lectura del Acta aprobada número 459 (pág. 48), en lo pertinente, para concluir que la comparación de la oferta nacional de Ericsson de Colombia S. A. y la oferta extranjera de Siemens Aktiengesellschaft se hizo teniendo en cuenta las condiciones financieras ofrecidas por esta última, como se señala y sustenta claramente y de manera expresa en el primer cargo formulado en este escrito.

"Segundo cargo:

"*Violación manifiesta del artículo 27 e inciso final del artículo 33 del Decreto 222 de 1983, 261 y 267 del Código Fiscal Distrital.*

"Las disposiciones citadas constituyen desarrollos específicos del principio fundamental de la igualdad que gobierna el régimen de las licitaciones y que se traduce en las formas de 'igualdad de oportunidades' y de 'igualdad de condiciones' para las adjudicaciones.

"Una adjudicación en conjunto supone necesariamente la comparación de todo el conjunto en relación con todos los factores y condiciones previstos en la ley y en los pliegos. Es así que sólo se compararon los equipos de conmutación excluyendo el equipo RDSI que sin embargo fue adjudicado conjuntamente con aquellos, luego se quebrantó el principio de la igualdad y se violaron ostensiblemente las normas que lo desarrollan.

"La forma como se violaron estas disposiciones y, por ende, el flagrante quebrantamiento del principio de la igualdad quedó suficientemente descrita en el segundo cargo de la demanda, al cual me remito.

"Tercer cargo:

"*Violación manifiesta del acápite 2.3.1.2. del pliego de condiciones en concordancia con los artículos 8, 9 y 10 del Decreto 222 de 1983* porque la Siemens Aktiengesellschaft presentó un certificado de habilidad diferente del exigido por la citadas disposiciones e inidóneo, lo cual imponía según los acápites 2.16.1 y 2.16.1.10 la eliminación de la propuesta correspondiente; igualmente en el cuarto cargo de la demanda se sustenta de manera expresa y amplia esta manifiesta violación.

"Cuarto cargo:

"Violación manifiesta de los acápites 3.4.0. y 3.4.1. porque el documento sobre el índice de variación de precios no se acompañó en la forma prescrita en tales acápites, lo cual debió resolverse mediante la eliminación de la propuesta presentada por Siemens Aktiengesellschaft, como disponen los acápites 2.16.1., 2.16.1.4. y 2.16.1.5.

"Igualmente esta violación manifiesta se sustentó con toda amplitud en el quinto cargo de la demanda.

"La conclusión de las violaciones que se aducen en este capítulo de la demanda resulta de una simple confrontación entre las normas que se aducen como violadas y el acto acusado. Lo anterior, adicionado con sencillo examen de los documentos públicos, o auténticos que se aportan con la demanda, de cuya simple lectura fluyen ostensiblemente los hechos a que se refieren (inciso 2º, art. 152 del C. C. A.).

"*El perjuicio:*

"Para los efectos del inciso 3º del artículo 152 del Decreto 001 de 1984, manifiesto que el perjuicio que sufre mi mandante es notorio y por lo mismo no es menester su comprobación (art. 177 del C. de P. C.). Sin embargo, acompaño los siguientes documentos: Recibo de Caja número 871129 expedido por la Empresa de Teléfonos de Bogotá el 27 de diciembre de 1984 por $ 550.000.oo, valor del original y una copia del pliego de condiciones; copia del recibo de pago por $ 6.210.748.oo, valor de la prima de la garantía de seriedad de la propuesta de Ericsson de Colombia S. A., expedido por la Compañía de Seguros del Estado S. A., complementado con un certificado de la misma compañía sobre el pago de la prima.

"Estos documentos son apenas indicativos de algunos de los perjuicios y no determinan el monto de la totalidad de los sufridos, pues, se trata solamente de cumplir un presupuesto procesal de la suspen-

sión provisional. Además debe tener en cuenta que los perjuicios aumentarán y continuarán produciéndose de no suspenderse los efectos del acto demandado. Como están satisfechos los requisitos del artículo 152 del Decreto 001 de 1984, pido al honorable Tribunal la suspensión provisional del acto de adjudicación contenido en el Acta número 459 de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, en su sesión del 28 de junio de 1985, en cuanto adjudicó a Siemens Aktiengesellschaft 'el Sistema de Conmutación con los Opcionales Ajustes Recomendados', así como 'la Red Digital de Servicios Integrados y Facilidades Adicionales para el Centro de Administración, Operación y Mantenimiento' ".

II

Alcance de la providencia impugnada:

El *a quo* hace en su providencia un estudio de los cargos formulados contra el acto acusado los cuales confronta con el texto del Acta número 459 para llegar a las siguientes conclusiones:

"Hecha la anterior confrontación entre las normas de jerarquía superior presuntamente violadas y los textos del acto violador señalados por el demandante en su petición de suspensión provisional, se aprecia:

a) El primer cargo.

"Las disposiciones que el demandante señala violadas (art. 282 del Decreto 222 de 1983, acápite 3.13.3. y 3.13.1.1. del pliego de condiciones) contienen reglas sobre evaluación de financiación o crédito ofrecido por el licitante, llamado 'crédito de proveedores' o cierta protección a bienes colombianos que se consideren industria nacional. En el cuadro que integra la página 48 del Acta 459 de la ETB se indican valores de comparación que incluyen o no el Impuesto al Valor Agregado (IVA), concepto éste que no tiene relación directa con el crédito de proveedores; y aunque pudiera insinuarse una posible violación de precios en ofertas de bienes extranjeros con ofertas de bienes nacionales, para llegar a tal conclusión se hace necesario un análisis probatorio sobre la cantidad de materia prima o bienes intermedios que integraron tales bienes y un estudio de la normatividad sobre el tema. No hay, pues, una manifiesta violación de norma superior que pueda percibirse a través de una sencilla comparación de las normas confrontadas en este cargo.

"b) El segundo cargo.

"Para este caso la Sala considera que debe hacerse una reflexión semejante a la del punto anterior, pues la posible violación de norma superior no es perceptible por una sencilla comparación, ya que remite a los estudios técnicos y financieros que sirvieron de apoyo para la adjudicación hecha por la Junta Directiva y que serán sometidos al debate probatorio.

"Además son conocidos la doctrina y jurisprudencia que sostienen la necesidad de presentar claramente las argumentaciones en el capítulo o escrito petitorio de suspensión provisional, sin hacer remisión a

los demás razonamientos dados en la parte general de la demanda para sustentar de fondo las depreciaciones que la informan.

"c) El tercer cargo.

"Pide el demandante que sea suspendida provisionalmente el Acta número 459 de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, correspondiente a la sesión del día 28 de junio de 1985, por cuanto la oferta presentada por la firma Siemens Aktiengesellschaft, adjudicataria de la mayor parte de la licitación, presentó un certificado sobre ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, suscrito por la Contraloría Distrital, sin que en él se hiciera expresa mención de tal ausencia según las inhabilidades o incompatibilidades descritas en los artículos 8, 9 y 10 del Decreto 222 de 1983, en cambio, el certificado presentado por su poderdante sí hace esa referencia, pues así lo exigía el pliego de condiciones.

"Anota la Sala que la posible deficiencia en el certificado sobre ausencia de inhabilidades o incompatibilidades no es un cargo directo contra el acto acusado (Acta 459), sino tal vez contra todo el proceso licitario que culminó con la adjudicación, pues previamente a ésta se han debido estudiar minuciosamente los certificados y anexos de todas las ofertas, para determinar cuáles debían ser rechazadas.

"Tampoco se ve aquí que el acto acusado contenga una violación manifiesta o directa del pliego de condiciones, sino indirecta tal vez, al estudiar todas las normas a que debe someterse la Empresa de Teléfonos de Bogotá para el trámite, perfeccionamiento y ejecución de sus contratos como ente que pertenece a la órbita del Distrito Especial de Bogotá.

"d) El cuarto cargo.

"En esta oportunidad se debe reiterar lo dicho anteriormente, pues se trata de un cargo que no se dirige directamente contra el acto acusado, sino contra el proceso de licitación, por no haber tenido en cuenta, quienes hicieron los estudios financieros, que un certificado anexo a la oferta, el que corresponde a los índices de precios para la liquidación de reajustes, no fue confeccionado como lo requerían las condiciones del pliego.

"También aquí deberán estudiarse detenidamente esos conceptos financieros y la forma, calidad o competencia con que actuó el funcionario de la Siemens en Alemania ante el cónsul colombiano.

"Todo lo anterior obliga al Tribunal a no acceder a la petición de suspensión provisional del acto acusado, puesto que la sencilla confrontación de los textos no es suficiente para deducir una violación manifiesta, clara, ostensible o directa de las normas citadas como de jerarquía superior.

"Todo ello será objeto de estudio y controversia durante el juicio que apenas comienza con la ejecutoria de esta providencia".

III

Sustentación del recurso:

Ante el *a quo* el apoderado de la parte actora sustentó el recurso haciendo las siguientes consideraciones y valoraciones de orden jurídico:

"I. *Consideraciones generales sobre la providencia impugnada.*

"En el razonamiento de la providencia denegatoria se esbozan dos premisas equivocadas e inaceptables:

"*Primera:* Que cualquier análisis probatorio está proscrito en una decisión sobre suspensión provisional.

"Ya, desde antes de la vigencia del actual Código Contencioso Administrativo la jurisprudencia del Consejo de Estado tenía establecido, al respecto lo siguiente:

"Esto implica que el examen de si un acto es o no manifiestamente violatorio de disposiciones superiores debe efectuarse directamente, sin tener en cuenta medios probatorios, cuyo mérito debe apreciarse en la sentencia, previo el debate probatorio del juicio.

"'*Sólo excepcionalmente, como también ha expuesto esta Corporación en la decisión de la petición de suspensión provisional, se pueden apreciar las pruebas inmediata y directamente conexas con el acto, para evitar que esta medida cautelar se haga, en muchos casos, nugatoria' (Se subraya).*

"(*Anales* 1979, primer semestre, pág. 448).

"O sea que bajo la vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior la jurisprudencia admitía la viabilidad del examen de pruebas inmediata y directamente conexas con el acto impugnado.

"El nuevo Código no sólo acogió este sabio criterio jurisprudencial sino que fue mucho más allá al prever que la manifiesta violación de la norma superior podría ser la conclusión resultante de un sencillo examen de las pruebas aportadas con la demanda (art. 152, inciso 2º).

"*Segunda:* El *'a quo'* razona como si la petición de la medida cautelar y la petición de nulidad formulada en la demanda no tuvieran o no pudieran tener en el proceso contencioso administrativo una estrecha relación, lo cual parece inferirlo de la exigencia legal de escritos separados o de un acápite especial para la solicitud expresa de suspensión. Pero ocurre que según las reglas procesales es todo lo contrario, pues la medida cautelar no sólo debe enmarcarse necesariamente dentro del *'petítum'* sino también dentro de la *'causa petendi'*; es así como el cargo o cargos de manifiesta violación esgrimidos para la suspensión provisional tienen que estar formulados también en la demanda, pero no así a la inversa, pues resulta posible que no todos los cargos de la demanda configuran violaciones manifiestas de normas superiores.

"En tal virtud debe haber una relación de 'vasos comunicantes' entre la petición de fondo y la de la medida cautelar sin que sea posible considerar como 'compartimientos estancos' las fundamentaciones de una y otra petición, cuando éstas son las mismas. Por consiguiente todo lo expresado en la demanda y en la petición de suspensión vale tanto para la decisión de fondo como para decretar la medida cautelar.

"Así lo ha reconocido la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado como se colige de la siguiente doctrina jurisprudencial:

"La petición de suspensión provisional constituye el ejercicio de una acción cautelar, tendiente a precaver los efectos dañinos del acto o de los actos causados, mientras se pronuncie sentencia definitiva sobre los mismos. Pero por tener este carácter, *los fundamentos jurídicos de la petición de suspensión provisional están condicionadas y constituyen un todo coherente con la acción principal que circunscribe la relación jurídico-procesal.* De ahí que la ley permita que la petición de suspensión provisional pueda presentarse conjuntamente con la demanda, sin perjuicio de que también pueda proponerse en escrito posterior pero anterior a la admisión de aquella. Con base en estos principios, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que si con la demanda, o en escrito separado, el actor pide la suspensión provisional de uno o más actos con base en una motivación específica aducida al efecto, *la solicitud debe ser resuelta con base en esa especial fundamentación,. si está comprendida dentro del conjunto de la acción principal.* Pero también admite la posibilidad de que, con base en los mismos fundamentos de la acción principal, se pueda pedir la cautela de suspensión provisional, ya que ésta se encuentra en cierta forma condicionada por aquella y porque si la ley permite proponerlas conjuntamente en la demanda, con el requisito de que 'se solicite de modo expreso' (art. 94, ordinal 2º del C. C. A.), este criterio se fundamenta en la ey; *lo contrario, que la solicitud de suspensión provisional deba necesariamente proponerse y motivarse separadamente, además de una exigencia que no se deduce de la ley, es una formalidad que puede hacerla nugatoria,* claramente redundante en los casos en que esta medida cautelar tiene los mismos fundamentos jurídicos de la acción principal. Esto sin perjuicio de que, por falta de claridad o precisión o por vaguedad de la petición, el juzgador se encuentre en imposibilidad de resolverla" (Se subraya).

"(Auto de noviembre 8 de 1974. Sección 1ª. Ponente doctor Mora Osejo. Expediente 2231).

"II. *Consideraciones especiales sobre la motivación de la providencia impugnada en relación con los cargos de violación manifiesta de normas superiores.*

"Primer cargo.

"1. Este cargo de manifiesta violación corresponde exactamente con el propuesto en la demanda como primer cargo de nulidad y consiste en que la comparación de precios de las líneas de conmutación se hizo para Ericsson de Colombia sin financiación y para Siemens de Alemania con financiación, con el siguiente resultado:

"Ericsson $ 6.999 millones y Siemens $ 46.874, cuando debió hacerse la comparación sin tener en cuenta la financiación como lo prescriben las normas invocadas, lo cual habría dado lugar al siguiente resultado: $ 6.999 millones para Ericsson y $ 7.185 para Siemens.

"En el cuadro de la página 61 que hace parte del Acta número 458 aparecen estas cifras de comparación y allí mismo se indican con un asterisco los valores de comparación con financiación y sin el aste-

risco aquelos que no tienen en cuenta la financiación, según lo señalado paladinamente al final de la página 60 de la misma acta. Una sencilla y elemental lectura de las cifras permite concluir que el valor de comparación tomado para Siemens y que aparece en el cuadro con base en el cual se le adjudicó a ésta, incluye la financiación (Acta 459, pág. 48 penúltima columna).

"El acápite 3.13.3. del pliego de condiciones (norma violada) dispone que, *'para comparar las ofertas nacionales con las extranjeras no se tendrán en cuenta las condiciones financieras ofrecidas'* (Se ha subrayado). Tan claro precepto no da lugar a dudas o a diversas interpretaciones.

"Ahora bien, la prueba clarísima del error en que incurrió la Empresa de Teléfonos de Bogotá sobre el particular, se halla en las pro pias actas de la Junta Directiva de la misma.

"En efecto, en la página del Acta número 459, se dice lo siguiente:

"'...' El valor presente es el valor de la oferta con los reajustes, la financiación ofrecida y las tasas de descuento establecidas en el pliego. En consecuencia, este valor no incluye fletes, seguros, gastos ni impuestos.

"2º El valor de comparación, que corresponde al resultado de aplicar el valor presente los gastos y el Decreto número 2248...protege al fabricante nacional: Ericsson.

"Se explica que se dio aplicación a lo indicado en el pliego respecto a que el productor nacional será comparado con las demás ofertas, sin considerarle la financiación. Es decir solamente se consideraron valores por concepto de suministro, *'mientras que a las demás firmas se les consideró suministro más financiación...'* (Se ha subrayado).

"En otras palabras, la empresa interpretó equivocadamente la norma atrás citada, y en lugar de comparar la oferta nacional con las extranjeras, prescindiendo de la financiación en una y en otras, se limitó a no tener en cuenta la financiación de la oferta nacional, pero la icluyó en las extranjeras. De esta forma, la disposición, no sólo fue mal interpretada, sino que su finalidad de protección al productor nacional, fue desconocida aplicando el precepto exactamente en sentido contrario a su texto. Porque cuando una propuesta se analiza con financiación, su precio, traducido a valor presente, resulta inferior a cuando se analiza sin financiación.

"Otras claras pruebas de lo que se afirma constan en el cuadro que obra en la *página 61 del Acta número 458*. En él aparecen, en la columna de la izquierda, los valores de la propuesta de Ericsson sin financiación (el que figura marcado con un asterisco según la explicación de los símbolos del final de la página 60) en cantidad de $ 6.999, y con financiación (el que figura debajo de aquél) en cantidad de $ 7.241. Debajo de ellos aparecen los valores de la propuesta de Siemens sin financiación (el que figura marcado con un asterisco) en cantidad de $ 7.185 y con financiación (el que figura debajo de aquél) en cantidad de $ 6.874.

"Además, en las mismas actas y concretamente en el cuadro que obra en la última columna de la *página 44 del Acta número 459* (valor de comparación), también consta que la comparación se hizo entre la propuesta de Ericsson sin financiación ('S' conforme a los símbolos de dicho cuadro) y la propuesta de Siemens con financiación ('F' conforme a los símbolos de dicho cuadro). Esos valores ($ 6.999 para aquella y $ 6.874 para ésta) son los que figuran en el cuadro que obra en la *página 48 del Acta número 459,* cuadro éste que el Tribunal incorporó a su providencia, desligándolo de los otros cuadros y cifras citados, lo que le impidió su cabal entendimiento.

"Estas simplísimas referencias e indicaciones contenidas en el texto del cargo de nulidad y en el mismo cargo propuesto para la suspensión provisional, debieron ser tenidas en cuenta para resolver sobre la suspensión provisional, habida cuenta de la identidad de la violación aducida, tanto para la decisión de fondo como para la medida cautelar y en consideración a la coherencia del todo que subraya la jurisprudencia anteriormente transcrita.

'No sobra anotar que las dos actas y sus anexos son parte integrante del acto de adjudicación por manera que ni siquiera se trata de pruebas diferentes del acto impugnado.

"Por lo demás, es inexacta la afirmación del *'a quo'* según la cual, para llegar a la conclusión de la equivocada comparación de precios 'se hace necesario un análisis probatorio sobre la cantidad de materia prima a bienes intermedios', pues el cargo está formulado sobre el supuesto de que la propia evaluación hecha por los técnicos de la ETB es la correcta. El cargo no consiste, pues, en considerar violadas las disposiciones que determinan cuándo una propuesta se considera nacional y cuándo extranjera. Tampoco consiste en afirmar que la Empresa de Teléfonos de Bogotá se equivocó al analizar y calificar los componentes en moneda nacional o extranjera de las dos propuestas materia de la comparación. No consiste, por último, en estimar errada una presunta segregación, para efectos comparativos, de porciones correspondientes a materias primas y bienes intermedios de las propuestas en cuestión. Y como el cargo no consiste en ninguno de estos puntos —como equivocadamente parece haberlo entendido el Tribunal— su demostración no requiere de ninguno de los profundos estudios probatorios o sesudas lubricaciones que dicha corporación estimó necesarios. De esta suerte, es impertinente el análisis probatorio a que alude el Tribunal.

"En cuanto a los textos que se adujeron como violados, su claridad es tal, que su simple lectura es suficiente para entender su sentido y alcance, según el cual en la comparación entre ofertas nacionales y extranjeras no se tendrán en cuenta las condiciones financieras ofrecidas que, evetualmente, le darían a esta última una ventaja en precios de comparación.

"Segundo cargo.

"Dos pretextos aduce a la Sala para concluir que el cargo no entraña manifiesta violación de la ley y a ello habrá de referirse, después de reiterar el enunciado básico de dicho cargo, el cual enunciado así:

"Se adjudicaron conjuntamente a Siemens, tanto los equipos de conmutación como el equipo R.D.S.I., pero en la comparación de precios se excluyó el de este último. La empresa de teléfonos tenía la opción de adjudicar conjunta o separadamente estos equipos o de no adjudicar el segundo; pero al optar por lo primero, como en efecto lo hizo, no debió comparar sólo los valores de la conmutación, con exclusión del R.D.S.I. sin la suma de los precios de los dos equipos. Al proceder como procedió, quebrantó el principios de la igualdad en la licitación y violó de manera manifiesta los artículos 27 y 33 *'in fine'* del Decreto 222 de 1983, 261 y 267 del Código Fiscal del Distrito.

"En el Acta 459 donde se contiene el acto impugnado, a página 50 se lee lo siguiente:

"Y después de oír las interpelaciones de cada uno de los miembros de la Junta, adjudica por unanimidad, así:

"A Siemens Aktiengesellschaft, sistema de Conmutación con los Opcionales y ajustes recomendados, hasta por un valor.

FOB de	126.661.497)	Marcos alemanes	Parte extranjera
+	130.717.499)	Pesos colombianos	Parte nacional
IVA +	13.071.750)	Pesos colombianos	
Total	143.789.249)	Pesos colombianos	

"Así mismo, adjudica a Siemens la Red digital de Servicios integrados y facilidades adicionales para el Centro de Administración, Operación y matenimiento, hasta por un valor FOB de 23.578.792 Marcos alemanes y 260.957 Marcos alemanes, respectivamente".

"En el cuadro visible a folio 29 de la misma acta aparecen como valores las propuestas para el R.D.S.I., las siguientes cifras:

"Ericsson US$ 6.672.062 — 98.067 (compraventa nacional)

= US$ 6.573.995.

"Siemens US$ 7.528.708.

"Esto arroja una diferencia en favor de Ericsson por dicho concepto de US$ 954.713.

"Estas cifras debieron someterse al procedimiento de aplicación de las normas sobre protección, para efectos de obtener los correspondientes valores de comparación y, luego sí procederá hacer la adjudicación.

"Tal cosa no se hizo y, en tal virtud, no era posible adjudicar el *ítem* correspondiente al R.D.S.I.

"Como no se hizo comparación de los precios propuestos para el R.D.S.I., los valores de comparación sobre los cuales se hizo la adjudicación de los equipos de conmutación y del sistema R.D.S.I., no incluyeron los precios de éste, que aparecen en el citado cuadro (pág. 29, Acta 459); de haberse incluido, y aún con los errores y equivocaciones consignadas en el cargo primero, el resultado final habría sido

sustancialmente distinto. En efecto, la diferencia de precios del sistema R.D.S.I. en favor de la propuesta de Ericsson es mucho mayor que la pequeña diferencia en favor de la propuesta Siemens en el sistema de conmutación, lo que habría modificado la adjudicación del conjunto (conmutación y R.D.S.I.).

"En síntesis: Comparar y evaluar sólo en parte dos propuestas, para luego adjudicarle a uno de los proponentes la totalidad, quebranta manifiestamente el principio de igualdad entre los oferentes y en esto consiste, fundamentalmente, el cargo de violación inmediata.

"Basta pues, con un sencillo examen de la propia acta que culminó con la adjudicación para establecer la falta de correspondencia entre los precios de la comparación y los equipos adjudicados para verificar la ostensible violación de las disposiciones que se invocaron, sin que sea menester como dice el *'a quo'* de un detenido y prolijo análisis probatorio.

"En cuanto a la remisión que se hace 'en el capítulo de la suspensión provisional a los demás razonamientos dados en la parte general de la demanda' el Tribunal invoca supuestas doctrinas y jurisprudencias que se desconocen.

"En cambio yo me he permitido transcribir la auténtica jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la unidad conceptual de la demanda, que se atempera mejor con los principios procesales que orientan la interpretación del escrito donde se contiene ese acto procesal.

"Tercer y cuarto cargos:

"En el auto cuya revocatoria se solicita, a páginas 7 y 8 se observa que el Tribunal aduce para no acceder a la suspensión provisional, dos razones fundamentales a saber: a) Que no se formularon cargos directos contra el acto acusado, sino que los motivos de inconformidad presentados por la demandante constituyen cargos indirectos; y b) Que debería haberse atacado todo el 'proceso licitatorio', mas no solamente el acto de adjudicación, puesto que para concluir si se presentaron o no los defectos enrostrados al acto que se demanda, es indispensable estudiar minuciosamente los certificados y anexos de *todas las ofertas*, para determinar cuáles debían ser rechazadas.

"Por considerar que bajo los mismos parámetros y con los mismos argumentos fueron rechazados los cargos tercero y cuarto, con igual razón, para efectos de la sustentación de la apelación, así los aunamos bajo un mismo rubro.

"En primer lugar, si bien es cierto que en la licitación se suscitan varias actuaciones o comportamientos que constituyen pasos o etapas dirigidos a un solo acto final, no resulta lógico ni jurídico, escindirlos, puesto que dicha operación viene a cobrar vida o alcance jurídico con el acto administrativo de adjudicación. En éste, se compendia o conjugan las actividades previas o preparatorias, pero el verdadero y único acto que está constituido por la voluntad de la administración de adjudicar en tal o cual sentido. Así las cosas, lo que se demanda es el acto de adjudicación, por ser el *sumum* o sustrato de lo ocurrido con antelación y, por consiguiente, los ataques de nulidad y de suspensión se hicieron como debían hacerse contra el acto de adjudicación.

"La falla de la argumentación del Tribunal consiste en partir del supuesto de que no es en el acto de adjudicación donde se califican y evalúan todas las propuestas, como si se tratara de actos administrativos independientes, susceptibles de ser impugnados en forma autónoma, cuando lo que ocurre es precisamente lo contrario, puesto que no hay más acto administrativo sino el de la adjudicación.

"Lo anterior se encuentra plenamente ratificado en el inciso primero del artículo 267 del Acuerdo número 9 de 1967, antiguo Código Fiscal de Bogotá, vigente para la época de esta Licitación, que dice:

" 'La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y hecho el análisis comparativo, al licitante cuya oferta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones'.

"Nótese que esta norma establece la obligación de revisar si las ofertas se encuentran ajustadas al pliego de condiciones al momento de la adjudicación y no antes de que se produzca este acto administrativo, luego, si alguna de las ofertas no se encontraba ajustada al pliego de condiciones, esto debió ser observado al momento de hacerse la adjudicación. Si la Empresa de Teléfonos de Bogotá al adjudicarle a la Siemens, no tuvo en cuenta que ésta no cumplía con algunas de las exigencias del pliego de condiciones, violó en forma directa, como lo expresamos en nuestra demanda y en la petición de suspensión provisional, la disposición legal en referencia.

"Todos los factores que influyen en la adjudicación y de manera principal las exigencias del pliego de condiciones, deben cumplirse, y su cumplimiento debe revisarse al momento de hacer la adjudicación. Este es el sentido real del contenido del inciso antes transcrito. Si se comprobó, como realmente se hizo, que la oferta de Siemens, no cumplía con las calidades que se exigían a las personas que debían licitar y los documentos no eran suficientes para comprobar las mismas (literal c, numeral 1º, art. 264 del Acuerdo Nº 9 de 1976), ello se está demostrando de igual manera que la adjudicación no era posible a este licitante por no encontrarse su oferta ajustada a los pliegos de condiciones, y en consecuencia es ilegal por violación directa y manifiesta del artículo 267 antes citado, por lo cual procede la suspensión provisional solicitada.

"En primer término, bueno es observar que en materia de suspensión provisional, por parte alguna la ley preceptúa que los cargos deben formularse de manera directa o indirecta, razón por la cual mal puede concluirse que sea de una u otra categoría la acusación incoada.

"Además, la circunstancia de que deba analizarse o no los certificados y anexos de las ofertas para concluir si hubo o no violación de los pliegos de condiciones, tampoco constituye excusa valedera para no acceder a la suspensión provisional.

"En el *sub lite* la demandante tuvo el cuidado de acreditar con su demanda, que Ericsson de Colombia S. A., sí cumplió a cabalidad con lo exigido en el pliego de condiciones, en tanto que Siemens, no lo hizo, dado que el certificado acompañado por ésta para demostrar que no tenía inhabilidades o incompatibilidades, fue suficiente, lo mismo que el documento para demostrar la variación de los índices

de precios para la liquidación de reajustes. El Tribunal no advirtió que en la parte final del Acta que contiene la diligencia de inspección judicial practicada en la Empresa de Teléfonos de Bogotá, el Juzgado dejó expresa constancia que en la propuesta de Siemens no aparecían los documentos como los exigía el pliego de condiciones.

"Ahora bien, como la demanda y la suspensión provisional solamente tienen que ver con las ofertas presentadas por Ericsson de Colombia S. A. y Siemens, aquella por ser la mejor y ésta por haber resultado adjudicatoria de los equipos de conmutación y R.D.S.I., mal puede exigirse la confrontación y análisis de certificados y anexos 'de todas las ofertas', puesto que el asunto se circunscribe únicamente a las dos firmas mencionadas, la primera de las cuales cumplió en su totalidad y a cabalidad con la presentación de dichos anexos, en tanto que la otra no lo hizo".

IV

Apreciaciones jurídicas de los apoderados de la Empresa de Teléfonos de Bogotá y de la compañía Siemens

El apoderado de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, en alegato visible a folios 259 y siguientes del cuaderno número 1, bajo el rubro; *"algunas consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica y aplicabilidad de la suspensión provisional"*, precisa en uno de sus apartes:

"La suspensión provisional no pretende ni festinar ni sustituir el proceso judicial, o sea el debate ante los jueces para que las partes sean oídas y se controviertan las pruebas; como procedimiento de excepción, lo delimitan y precisan otros principios constitucionales y legales, como la garantía del debido proceso y la presunción de legalidad de los actos administrativos, esta última condición necesaria el ejercicio de la autoridad y a la continuidad de la gestión de los servicios públicos.

"Proyectada sobre el plano del interés común y de su expresión en el derecho objetivo, y del imperio de la ley en el estado de derecho, la suspensión provisional no es procedente cuando la administración actúa ya no frente a la ley sino frente a ordenamientos jurídicos particulares, como el contrato o el pliego de condiciones de una licitación, situaciones en las cuales el acto administrativo que se genera dentro de la órbita de estos estatutos particulares, debe compensarse para establecer su validez jurídica, con las cláusulas del contrato o las del pliego de condiciones en la licitación.

"Es precisa y constante la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este particular.

"La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, en auto de enero 29 de 1982, Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango, dijo:

"Los actos administrativos contractuales no son susceptibles de suspensión provisional por las siguientes razones: a) Porque jamás puede darse la violación *directa* a una norma superior en forma que resulte *flagrante u ostensible*, pues siempre se encontrará entre el acto

impugnado y la norma presuntamente violada, una cláusula contractual, que exige prueba, interpretación, etc., amén de que en la casi totalidad de los casos, será necesario considerar la hipótesis de la cláusula y la prueba de los hechos de tal hipótesis; b) El ordinal 1º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) excluida expresamente del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, toda controversia sobre resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, 'que tengan origen en un contrato', lo que permite concluir que las disposiciones sobre 'suspensión provisional' se dictaron sin consideración a tales actos; c) Los actos administrativos, objetos del Código Contencioso Administrativo, tienen en común el de ser actos unilaterales del imperio, de autoridad, distintos a los 'actos administrativos contractuales', que aún ejercidos en virtud de facultades exhorbitantes, siempre implican el desarrollo, cumplimiento o ejercicio de una cláusula contractual".

Más adelante agrega:

"En el caso de la adjudicación de un contrato en licitación pública, este acto no puede independizarse del examen de fondo de los hechos y actos antecedentes que determinaron la selección, porque estos hechos y actos son la sustancia misma de la decisión de adjudicación.

"De las consideraciones anteriores se llega a la forzosa conclusión que en la licitación pública no se puede juzgar la conformidad del acto de adjudicación del contrato con el pliego de condiciones, sin adentrarse en el estudio del pliego en su conjunto y de las situaciones creadas con la presentación de las ofertas, su contenido, su evaluación y comparación. Este juzgamiento, debo repetirlo, no lo puede hacer el juez sino a través y como culminación de un proceso en que se examine y controviertan todos los antecedentes que sirven de fundamento a la adjudicación. Siendo evidente que el acto de adjudicación se integra con sus antecedentes, resulta jurídicamente imposible separarlo de las situaciones de hecho que lo determinaron para establecer solamente por un simple cotejo de textos, si el acto administrativo de adjudicación, que consta en un acta o resolución, es manifiestamente violatorio de la ley, en forma 'que se pueda percibir a través de una sencilla comparación'. Haciéndose jurídicamente imposible esta comparación, resulta, por esta razón, igualmente improcedente la suspensión provisional.

"En relación con una situación jurídica similar, la que se presenta con actos administrativos que se generan en contratos, ha dicho el Consejo de Estado:

" 'Las demás normas que la parte actora cita, son disposiciones referentes a obligaciones y contratos de carácter civil y de comercio. Pero cuando de contratos se trata, se debe tener presente que si en abstracto son actos o convenciones, *en concreto son hechos integrados por realidades de orden distinto* y susceptibles de ser analizadas en lo que ellas valgan no sólo *ad sustanciam*, sino *ad probationem*, lo que descarta la posibilidad de que cuando medie ese examen sea procedente la medida de suspensión que solicita la parte actora' (Auto de 25 de abril de 1975, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Exp. Nº 1731, Consejero Gabriel Rojas Arbeláez)".

El apoderado de la compañía Siemens, a su turno, destaca:

"Exige el Código de lo Contencioso en su artículo 152, inciso 2º qué se requiere, para poder decretar la suspensión, que haya una 'violación manifiesta de una norma de superior, o del examen de las pruebas aportadas'. La ley es clara al utilizar la palabra 'manifiesta' violación, y la jurisprudencia y la doctrina son concordes y repetidamente han expresado que esa violación debe percibirse '*prima facie*, es decir a primera vista, sin examen jurídico —profundo ninguno—, sin esfuerzo intelectual especial (...); simple comparación'. Agregando el mismo expositor que la violación, para decretar la suspensión debe ser 'manifiesta y grosera' (Fundamentos Constitucionales de nuestro Derecho Administrativo, G. González Charry, Ed. Rosaristas, págs. 394-396). Y otro expositor expresa: 'Que la violación que produzca el acto infractor sea ostensible, manifiesta y directa; vale decir, que la infracción surja, de primer intento, de la confrontación (...) sin que tengan que mediar para el efectos complicados ejercicios de argumentación' (Derecho Procesal Administrativo, Carlos Betancur Jaramillo, Señal Editora, pág. 211). Y la jurisprudencia, para no abundar en citas, expresa reiteradamente lo mismo: Que la violación 'sea, ostensible, manifiesta, que surja *prima facie* del acto considerado en sí, sin sujeción a cuestiones de nudo hecho susceptibles de prueba y contraprueba; ni análisis jurídico de fondo, propio de la sentencia definitiva. Esta condición no se cumple cuando la ilegalidad del acto acusado se deduce de afirmaciones susceptibles de prueba y de tesis jurídicas que requieran detenido y mediante estudio' (Diccionario Jurídico. M. E. Giraldo, N. González. Ed. Jurídica de Colombia. Vol. V: pág. 843).

"Y la solicitud de suspensión no cumple estos requisitos, como se verá a continuación, demostrándolo en forma suscinta".

V

Consideraciones de la Sala:

a) En jurisprudencia reiterada, que es de recibo a la luz del nuevo Código Contencioso Administrativo, esta Corporación ha destacado que: "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" (Sentencia enero 16 de 1975. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Expediente número 1503). Igualmente, en sentencia de agosto 10 de 1982, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, Expediente número 3043, Actor Sociedad Mora Mora y Cía. Ltda. se precisó:

"El acto que adjudica un contrato de la administración no es, en su esencia, unilateral. Es algo más. Puede afirmarse que él es el convenio mismo o el ajuste de voluntades producido entre la administración contratante y el contratista que presentó la mejor propuesta.

"En otros términos, ese acto de adjudicación es la culminación de la operación administrativa de selección del contratista y crea una serie de derechos y obligaciones entre la administración y el favorecido, hasta el punto que la etapa subsiguiente no es más que la de instrumentación de ese convenio con sujeción estricta a las bases que se tomaron en cuenta para la adjudicación.

"Y el carácter bilateral que muestra el acto mencionado impide que su régimen sea el mismo establecido para los estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o plena jurisdicción reguladas en el Código Administrativo".

b) La precisión jurisprudencial anterior se explica, porque en tratándose de estudiar la viabilidad de la suspensión provisional de un acto administrativos se enseña por los procesalistas sobre la materia que "sólo son susceptibles de tal medida los actos administrativos de carácter unilateral, sean creadores de situaciones generales o particulares" (Derecho Procesal Administrativo. Carlos Betancur Jaramillo. Señal Editora, pág. 211). Este planteamiento es el mismo que el apoderado de la Empresa de Teléfonos hace en el alegato en antes transcrito y que la Sala confirma y valora por estar ajustado a derecho en la perspectiva que se deja afirmada;

c) Las circunstancias legales del caso que se dejan precisadas en los literales anteriores serían suficientes para confirmar la providencia impugnada. No obstante esta realidad, la Sala encuentra que la valoración jurídica que hizo el *a quo* también es de recibo pues en puridad de verdad "la sencilla confrontación de los textos no es suficiente para deducir una violación manifiesta, clara, ostensible o directa de las normas citadas como de jerarquía superior", como se destaca en la providencia recurrida. Este aspecto es valorado con la misma fuerza y convicción por el apoderado de la compañía Siemens. La intensidad conceptual con que los distintos apoderados han alegado en este caso, ora para atacar la providencia del *a quo*, ora para pedir que se mantenga, es bien explicativa del amplio debate que permite cada uno de los aspectos cuestionados.

Para el *ad quem* no existe duda alguna en el sentido de que el acto de adjudicación crea una situación jurídica concreta para el beneficiario del mismo que no puede ser ni modificado ni alterada sin su previa aquiescencia. Es cierto que tal determinación por sí misma no da lugar al contrato administrativo, que demanda las solemnidades posteriores de ley para su perfeccionamiento, pero es igualmente incontrovertible que surge una convención con tal fuerza vinculante, que crea derecho subjetivos y deberes jurídicos recíprocos, esto es, para ambas partes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativa,

Resuelve:

Confírmase la providencia impugnada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, dentro del proceso del rubro, en cuanto denegó la suspensión provisional del acto acusado.

Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gaspar Caballero Sierra, Joaquín Vanín Tello, Jaime Abella Zárate, Aydée Anzola Linares, Salvamento de voto; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo,* Aclaración de voto; *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, José Joaquín Camacho Pardo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Salvamento de voto; *Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez,* Aclaración de voto; *Consuelo Sarria Olcos,* Aclaración de voto; *Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango, Carlos Upegui Zapata,* Conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION (Aclaración de voto).—

Es un acto unilateral (art. 136 del Decreto 01 de 1984). PLIEGO DE CONDICIONES. Constituye ley de la licitación. SUSPENSION PROVISIONAL. Artículo 152 del Decreto 01 de 1984. ACTAS. No son actos administrativos. (Aclaración de voto del doctor Guillermo Benavides Melo. Al Auto de junio 3 de 1987. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número S-003 (4926). Actor: Sociedad Ericsson de Colombia S. A. Demandado: Empresa de Teléfonos de Bogotá).

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR GUILLERMO BENAVIDES MELO

Referencia: Expediente número S-003. Actor: Sociedad Ericsson de Colombia S. A.

Como tuve oportunidad de manifestarlo en la Sala, las razones de la aclaración de mi voto afirmativo a la decisión, son las siguientes:

a) El acto por medio del cual la Administración adjudica el contrato es un acto unilateral. La discusión sobre su carácter contractual y por consiguiente, bilateral, originada en anteriores jurisprudencias de la Sección Tercera del Consejo, hoy carece de importancia, frente a la categórica calificación que del mismo hace el artículo 136 del Código al decir: "Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato";

b) El pliego de condiciones constituye la ley de la licitación, a cuyos mandatos debe someterse todo el proceso de la misma y por consiguiente todos los actos administrativos que se produzcan durante ella. Esa ley de la licitación tiene la categoría de "norma superior" que eventualmente puede ser manifiestamente violada por un acto administrativo de inferior jerarquía y, por consiguiente, objeto de tratamiento como dispone el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en relación con la suspensión provisional;

c) Los anteriores planteamientos son perfectamente predicables del proceso licitatorio de la referencia;

d) Sin embargo, en el caso concreto a que se refiere el literal anterior, no aparece, como tuve ocasión de señalarlo durante las deli-

beraciones a que dio origen el proceso referenciado, manifiesta la violación del pliego por la decisión de adjudicación, que no por el acta de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá que ha servido de documento de análisis, porque dicha acta no es acto administrativo sino pieza formal donde se consignan hechos y actos ocurridos y expedidos durante la sesión a la cual se refiere. En estas condiciones, es inútil ocuparse de los perjuicios ciertos o eventuales, aspecto que constituye, en ocasiones, el otro extremo del estudio para decidir sobre la suspensión provisional.

Atentamente,

Guillermo Benavides Melo.

Bogotá, D. E., dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y siete.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION (Salvamento de Voto).—

EL ACTO DE ADJUDICACION ES ACTO SEPARABLE, UNILATERAL. No puede decirse que tenga similitud alguna con "el convenio" porque constituye una etapa completamente distinta de aquella dentro de la cual se perfecciona, dicho contrato.

PLIEGO DE CONDICIONES. Es ley del contrato y si la administración, al hacer la adjudicación, viola una cualquiera de las condiciones o requisitos estipulados en el pliego, el acto de adjudicación es susceptible de impugnación ante los Tribunales Administrativos competentes.

SUSPENSION PROVISIONAL. APRECIACION DE PRUEBAS. Por excepción.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., diez de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Referencia: Expediente número S-003. Actor: Sociedad Ericsson de Colombia S. A.

Muy respetuosamente me separo del criterio expuesto en la providencia anterior a virtud de las razones que, a continuación me permito expresar en este salvamento de voto.

Primer punto:

El señor ponente se basa para sostener que el acto que adjudica un contrato no es unilateral, en lo dicho en una sentencia del Consejo de Estado de agosto 10 de 1982, según la cual el referido acto "es el convenio mismo o el ajuste de voluntades producido entre la administración contratante y el contratista que presentó la mejor propuesta". Y agrega: "El carácter bilateral que muestra el acto mencionado impide que su régimen sea el mismo establecido para los estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o plena jurisdicción regulada en el Código Administrativo".

Lo anteriormente transcrito sería aplicable si no existiera en la actualidad disposición expresa en el estatuto contencioso administrativo. Precisamente cuando se profirió la sentencia, de que se da cuenta, todavía no había sido expedida la norma según la cual el acto de adjudicación es acto separable, susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción contencioso administrativa. Téngase en cuenta que esta

reforma comenzó a regir en el año de 1984 y que el acto acusado es de 28 de junio de 1985 y por lo tanto le es aplicable, en toda su extensión, el artículo 136 del actual Código Contencioso Administrativo. Además, no existe duda acerca de que el acta demandada constituye un acto administrativo. De otro lado el Decreto 222 de 1983 expedido también con anterioridad al acto acusado, que contiene el estatuto contractual de la administración y regula todo lo relativo a la etapa de la licitación, permite concluir como lo observa Gustavo Humberto Rodríguez en su obra Procesos Contencioso Administrativo, página 150, que en el Decreto citado "se advierte la obligatoriedad, en ocasiones la conveniencia, de dictar diversos actos separables" y entre otros, relaciona estos: "La resolución motivada que debe dictarse para ordenar la apertura de la citación pública; la que autoriza u ordena la prórroga del plazo de la licitación (entre apertura y cierre); la que declara desierta la licitación etc. etc.". Con apoyo en lo antes expuesto, la jurisprudencia citada en el auto del cual me separo, perdió actualidad y por lo tanto el acto acusado es unilateral y por consiguiente separable o independiente del contrato. No puede decirse que tenga similitud alguna con "el convenio" porque constituye una etapa completamente distinta de aquella dentro de la cual se perfecciona, dicho contrato. Y como a virtud de norma expresa el acto de adjudicación es un acto jurídico unilateral, puede ser impugnado ante la Justicia Contencioso Administrativa como ha sucedido en el presente caso.

Se ha venido sosteniendo, con argumentos que no es posible desatender, que el pliego de condiciones es ley del contrato y si la administración, al hacer la adjudicación, viola una cualquiera de las condiciones o requisitos estipulados en el pliego, el acto de adjudicación es susceptible de impugnación ante los Tribunales Contencioso Administrativos competentes. Al respecto están acordes —autorizados exposítores— en sostener que el pliego de condiciones es ley del contrato y que sus cláusulas "son la fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los contratantes, debiendo sus reglas cumplirse estrictamente". De allí se deriva que no puede modificarse el pliego con posterioridad a la presentación de las propuestas (Véase obra de Manuel María Díez).

En la providencia que antecede se dice "que la Sala encuentra que la valoración jurídica que hizo el *a quo* es de recibo pues en puridad de verdad la sencilla confrontación de los textos no es suficiente para deducir una violación manifiesta, clara, ostensible o directa de las normas citadas como de jerarquía superior" y agrega: "Este aspecto es valorado con la misma fuerza y convicción por el apoderado de la compañía Siemens...".

Al respecto, me permito afirmar que la anterior apreciación la considero errada, pues basta hacer una confrontación entre las normas que en la demanda se relacionan como violadas por el acto acusado y el contenido de éste, sin necesidad de acudir a largas y densas disquisiciones, a exámenes jurídicos profundos y sin que sea necesario proceder al estudio de todas las pruebas aportadas, con excepción de algunos cargos para cuya solución si habría que acudir, fuera del estudio del acto administrativo enjuiciado, al examen de otras fuentes probatorias, como se hubiera podido establecer en el caso de que la Sala hubiera avocado de lleno el estudio de la suspensión provisional.

Es necesario destacar o hacer notar que el Acta número 458 de 19 de junio de 1985 que contiene el anteproyecto o los antecedentes que después se tuvieron en cuenta para expedir el acta definitiva y que ahora ha sido demandada, lo mismo que el pliego de condiciones, constituyen un todo, hacen parte integrante del acto administrativo, por lo cual no sería ocioso o inútil afirmar que no se trata de pruebas diferentes o independientes que requirieran un estudio que agotara todo el acervo probatorio.

Debo resaltar también que los documentos a que he venido refiriéndome, provienen de la Administración Pública, constituyen documentos auténticos, al tenor de las normas que regulan esta clase de pruebas y por lo tanto el juzgador debe tenerlos en cuenta tal como fueron presentados, es decir, porque constituyen prueba documental plena. Y no obstante que con anterioridad a la expedición del actual Código Contencioso Administrativo, no existía norma expresa que permitiera el examen de pruebas cuando estaba de por medio una solicitud sobre suspensión provisional de un acto enjuiciado, la doctrina del Consejo de Estado, había expresado sobre este aspecto, lo siguiente: "...si un acto es manifiestamente violatorio de disposiciones superiores debe efectuarse directamente, sin tener en cuenta los medios probatorios, cuyo mérito debe apreciarse en la sentencia, previo el debate probatorio del juicio. Sólo excepcionalmente, como también ha expuesto esta Corporación, en la decisión de suspensión provisional, se pueden apreciar *las pruebas inmediata y directamente conexas con el acto, para evitar que esta medida cautelar se haga en muchos casos nugatorio* (las subrayas son mías) (*Anales* de 1979, 1º Semestre, pág. 448). Y esto es lo que sucede en el *sub júdice*, pues el pliego de condiciones y el Acta número 458 son conexas, esto es, están enlazadas o ligadas entre sí.

Y como el nuevo Código Contencioso Administrativo, para que pueda decretarse la suspensión provisional, exige que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación *"o del examen de las pruebas aportadas"*, y ya se vio que las que deben examinarse, con preferencia a todas las demás que se aportaron, son el acto administrativo acusado, el pliego de condiciones y anteproyecto que antecedió a aquella, todos ellos tienden a integrar el acto acusado pues hacen parte del mismo, y éste no podría existir si se prescindiera de los otros documentos. Así las cosas, mal puede afirmarse que con el simple cotejo de dicha prueba documental pública y auténtica, y las normas que se estiman violadas se quiera sustituir el debate probatorio de fondo. Además, como las violaciones del pliego de condiciones se basan en claras y expresas normas legales, basta la confrontación entre estas y el acto acusado, para llegar a la conclusión de que por lo menos los dos principales cargos han debido prosperar para efectos de la suspensión provisional, como lo demostraré a continuación:

Primer cargo: Violación manifiesta del acápite 3.3.3. del pliego de condiciones artículo 282 del Decreto 222 de 1983, por remisión del mismo acápite del pliego.

Estas disposiciones de orden superior, señala el recurrente, prescriben que en la comparación de ofertas nacionales con extranjeras "no se tendrán en cuenta las condiciones financieras ofrecida" y agrega: "Basta la simple lectura del Acta aprobada número 459 (pág. 48) en lo pertinente, para concluir que la comparación de la oferta nacional de Ericsson de Colombia S. A. y la oferta extranjera de Siemens... se hizo teniendo en cuenta las condiciones financieras ofrecidas por esta última, como se señala y sustenta claramente y de manera expresa... en este escrito". Al respecto es suficiente leer la parte pertinente del Acta 459 que ordenó la adjudicación, para concluir que el "valor de comparación" tomado para Siemens y que aparece en el cuadro con base en el cual se le adjudicó a esta, concluye la financiación (véase pág. 48 penúltima columna). Lo mismo surge del Acta número 458.

Después de esta sencilla confrontación puede afirmarse que la empresa demandada "en lugar de comparar la oferta nacional con las extranjeras, prescindiendo de la financiación en una y en otra, se limitó a no tener en cuenta la financiación de la oferta nacional, pero la incluyó en las extranjeras. De esta forma, la norma superior no sólo fue mal interpretada, sino que la finalidad de protección al productor nacional fue desconocida aplicando el precepto exactamente en sentido contrario a su texto. Porque cuando una propuesta se analiza con financiación su precio, traducido a valor presente, resulta inferior cuando se analiza sin financiación", como lo afirma el apoderado de la demandante.

Segundo cargo: Violación manifiesta del artículo 27 e inciso final del artículo 33 del Decreto 222 de 1983, 261 y 267 del Código Fiscal.

Las normas quebrantadas por el acta acusada, establecen la igualdad de oportunidades y de condiciones Código Fiscal Distrital y artículo 33, inciso final del ya referido Decreto 222, 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 de precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios".

Al desarrollar el concepto de violación de este cargo, el apoderado de la Ericsson sostiene que "se adjudicaron conjuntamente a Siemens, tanto los equipos de conmutación como el equipo R.D.S.I., pero en la comparación de precios se excluyó este último. La Empresa de Teléfonos tenía la opción de adjudicar conjunta o separadamente estos equipos o de no adjudicar el segundo; pero al optar por lo primero, como en efecto lo hizo, no debió comparar sólo los valores de la conmutación, con exclusión del R.D.S.I., sin la suma de los precios de los dos equipos. Al proceder como procedió, quebrantó el principio de igualdad en la licitación y violó de manera manifiesta los artículos 27 y 33 *'in fine'* del Decreto 222 de 1983, 261 y 267 del Código Fiscal del Distrito".

Examinado el acto acusado en la página 29 y establecida la comparación entre los valores de las propuestas entre la Ericsson y la Siemens, en lo que se relaciona con la contratación R.D.S.I. para 5.000 líneas digitales y 5.000 aparatos de Abchado se aprecia que la propuesta de la demandante era de US$ 6.672.062 y la de Siemens de US$ 7.528.708,

lo cual arroja una diferencia en favor de la demandante de US$ 954.713, todo lo cual en mi modesta opinión da a entender que sí aparece demostrada la violación manifiesta de las normas que sirvieron de fundamento a éste punto y que la suspensión provisional ha debido prosperar en cuanto a estos dos primeros cargos se refiere.

No podría predicarse lo mismo de los cargos tercero y cuarto porque en estos dos casos sí habría que acudir a pruebas que no tienen ninguna conexidad con el acto acusado, es decir, no tienen relación directa con éste, vale decir, no se integran con él. Por esta razón estos dos puntos no podrán servir para sustentar la suspensión provisional, lo cual ciertamente no podría afirmarse en lo que respecta a los dos primeros, pues con la simple confrontación entre el acto acusado y *las normas que sirven de base para sustentarlos*, aparece de manera ostensible la violación que se alega y por consiguiente la Sala Plena del Consejo de Estado ha debido aplicar lo dispuesto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que dice:

"Procedencia de la suspensión. El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas:

"Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas".

Atentamente,

Aydée Anzola Linares, Consejera de Estado.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION COMO ACTO SEPARABLE (Salvamento de voto).—

1. Acciones para ante los ACTOS SEPARABLES (art. 136 del Decreto 01 de 1984). ¿Cuándo pueden ser IMPUGNADOS?

2. Antecedentes en el Derecho Administrativo Francés:

a) Concepción unitaria de la operación administrativa contractual "EL TODO INDIVISIBLE". ¿Cómo se demanda?;

b) Acto separable, se abandona la tesis anterior a través del famoso "ARRET MARTIN";

c) ACTO SEPARABLE. Son actos administrativos unilaterales que no tengan que ver con la EJECUCION, del contrato. ¿Quiénes están legitimados para demandar?

3. Acto separable como "administrativo unilateral". Notificación del acto de adjudicación. "Es forma legalmente adoptada en Colombia para hacer conocer las decisiones unilaterales de la administración". ACTOS QUE NO SE NOTIFICAN: Actos unilaterales de la administración de contenido general y abstracto y actos jurídicos bilaterales. Los primeros se PUBLICAN y los segundos se CELEBRAN. RESOLUCION DE ADJUDICACION. No tiene recurso alguno por vía gubernativa (art. 35 del Decreto 222 de 1983). ADJUDICATARIO QUE NO SUSCRIBE EL CONTRATO. Consecuencias. ADJUDICACION DEL CONTRATO Y CELEBRACION DEL MISMO. No pueden confundirse diferencias. RESPONSABILIDAD DE LOS CONSORCIOS en la celebración y ejecución de contratos.

PLIEGO DE CONDICIONES O PLIEGO DE CARGOS. Concepto como ley del contrato. ACTO ADMINISTRATIVO CONTENIDO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES. SUSPENSION PROVISIONAL PRINCIPIO. "PATERE LEGEM QUAM FECISTI". La autoridad administrativa debe respetar no solamente los ordenamientos expedidos por otras autoridades, y órganos de superior jerarquía, sino las regulaciones que ella misma ha proferido.

ACTO DE ADJUDICACION COMO CONDICIONAMIENTO PARA LA ADMINISTRACION (Reiteración jurisprudencial).

SALVEDAD DE VOTO DEL CONSEJERO

DOCTOR ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO

Referencia: Expediente número S-003. Actor: "Ericsson de Colombia S. A.". Auto de junio 3 de 1987.

Con todo comedimiento debo manifestar mi total discrepancia respecto de la providencia que antecede. He aquí las razones que explican mi voto disidente:

Primera. La "jurisprudencia reiterada" que sirve de premisa fundamental a la decisión de que me aparto no es, como allí se afirma, "de recibo a la luz del nuevo Código Contencioso Administrativo". Y no lo es porque con posterioridad a las dos sentencias que en el auto que antecede se mencionan —la del 16 de enero de 1975, cuyo ponente fue el doctor Gabriel Rojas Arbeláez, y la del 10 de agosto de 1982 con ponencia del Consejero doctor Betancur Jaramillo—, la legislación recientemente expedida en el país ha adoptado principios y reconocido instituciones diferentes de las que existían cuando las citadas sentencias se profirieron. Es decir, que la jurisprudencia aducida por la providencia de la cual disiento, ha perdido toda actualidad y vigencia. En efecto, el penúltimo inciso del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984 al expresar que "los actos separables *distintos del de adjudicación de una licitación* sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez liquidado o terminado el contrato" está significando en forma absolutamente nítida que el acto de adjudicación de la licitación es —por expresa definición legal— "acto separable" del contrato, una de cuyas notas características es la de que el control de su legalidad se cumple, no a través de las que el estatuto contencioso administrativo de 1984 denomina "acciones contractuales", sino mediante las otras acciones que dicho estatuto regula y que, bien analizadas las cosas, sólo pueden ser la de simple nulidad (art. 84) o la de restablecimiento del derecho (art. 85), y ello de manera inmediata, esto es, sin necesidad de esperar hasta la terminación o liquidación del contrato.

Segunda. La noción de "acto separable" del contrato, como tantas otras, ha sido, "importada" al derecho patrio directamente de Francia. Vale, pues, la pena de indagar un poco sobre la estructuración y evolución del concepto de acto separable *(acte détachable)* en el derecho público francés.

a) Hasta los albores del Siglo XX imperó en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés la concepción unitaria de la operación administrativa contractual. Según ella, todos los actos administrativos, aún los típicamente unilaterales, que habían preparado o hecho posible la celebración de un contrato administrativo o de derecho privado de la administración, constituían un *"todo indivisible"* con este último y, en consecuencia, no podían ser enjuiciados separadamente del contrato que habían contribuido a formar. Para discutirlos, debía acudirse al contencioso contractual, puesto que era necesario que el contrato respectivo estuviese definitivamente celebrado. "A partir de este momento, se decía, estos actos se encuentran *incorporados* al contrato, el cual forma en adelante un *'tout indivisible'* y escapa no sólo a los recursos intentados directamente contra él sino a los cargos que pudiesen resultar de una censura a las decisiones que acompañaron su formación", como lo informa De Laubadére ("Traité Théorique et Practique des Contrats Administratifs", 1ª Ed., París, 1956, Tomo III, pág. 325), lo cual repite textualmente en el "Traité des Contrats Administratifs" (Tomo II, 2ª Ed., París, 1984, pág. 1035), publicado

póstumamente con la colaboración de Frank Moderne y Pierre Delvolvé;

b) Esa estrecha concepción jurisprudencial fue definitivamente abandonada por el Consejo de Estado francés, a instancias de su Comisario de Gobierno ROMIEU, desde el famoso *"arrêt Martin"* proferido el 4 de agosto de 1905, a partir del cual la noción de acto separable del contrato comenzó a adquirir nítidos perfiles como valioso instrumento para robustecer el control de la legalidad de la administración mediante el recurso por exceso de poder, al poner ese mecanismo a disposición de terceros, ajenos a la relación contractual, y particularmente para evitar los graves inconvenientes que la teoría del "todo indivisible" implicaba especialmente para los proponentes irregularmente derrotados en una licitación. En efecto, tales proponentes, terceros frente al vínculo contractual entre la administración pública y el adjudicatario, carecían —conforme a la vieja teoría— de acceso a las acciones típicamente contractuales y no podían, consecuencialmente, obtener la declaratoria de nulidad de los actos preparatorios del contrato. A partir del reconocimiento por parte del Consejo de Estado galo, de la existencia de los "actos separables del contrato" sufrió serio quebranto la inequitativa situación que debían afrontar quienes no se veían favorecidos con la adjudicación teniendo mejor derecho a ella que el contratista seleccionado, para dar paso en forma paulatina, pero con la nitidez y vigor que caracteriza a las construcciones jurisprudenciales del Consejo de Estado francés, a una gama cada vez más amplia de decisiones administrativas unilaterales, que la mencionada corporación considera como susceptible de censura a través del recurso por exceso de poder y que van, como lo pone de presente el análisis jurisprudencial que exponen André de Laubadére, Frank Moderne y Pierre Delvolvé en el "Tratado de los Contratos Administrativos" (Tomo II, números 1825 y 1826, págs. 1037 y ssi.), desde las deliberaciones de los cuerpos colegiados que deciden celebrar un contrato (fallo "Martín", precitado), hasta el acto mismo de celebración del contrato (fallos de 9 de noviembre de 1934), "Chambre de Commerce de Tamatave" y del 7 de febrero de 1939, "Département de la Creuse", pasando por el acto mediante el cual la administración pública, centralizada o descentralizada, adjudica un contrato dentro del procedimiento licitatorio (fallo del 30 de marzo de 1906, "Ballande"). GASTON JEZE, comentando esta última decisión, resumió en forma admirable la materia que la mayoría de la Corporación omite considerar en la decisión de la cual me aparto. Dijo así el gran maestro francés, según lo reporta HUBERT CHARLES:

> "La junta de adjudicaciones no contrata; se limita a hacer una recomendación ... Este acto de recomendación es una declaración unilateral de voluntad. Aclarado este punto, el resto es muy sencillo: Deberá entonces aplicarse el régimen jurídico ordinario que se aplica a las manifestaciones unilaterales de la voluntad administrativa" (Traducción libre del suscrito, V.H. Charles: "Actes rattachables et actes détachables en droit administratif francais", L.G.D.J., París, 1968, pág. 172);

c) En el estado actual de la jurisprudencia francesa, el acto separable del contrato no es tan sólo el acto precontractual. El concepto va mucho más allá, puesto que se consideran como separables los

actos administrativos unilaterales que no tengan qué ver con la ejecución del contrato, para admitir el recurso por exceso de poder que contra tales actos intenten tanto los terceros, ajenos al vínculo contractual, como los contratistas de la administración. Pero aún más: El Consejo de Estado francés admite que los terceros impugnen por la vía del recurso por exceso de poder aún los actos relativos a la ejecución o a la terminación de un contrato administrativo, según lo reportan M. Long, P. Weil y G. Braibant en su ya clásica obra *"Les grands arréts de la jurisprudence administrative"* al anotar y comentar el fallo "Martín" del 4 de agosto de 1905 que abrió la puerta —como ya se dijo— a la teoría de los actos separables (cfr., op. cit., 8ª ed., Sirey, París, 1984, pág. 65);

d) Ahora bien: Echar mano a instituciones extranjeras —como lo hizo con el acto separable el Decreto 01 de 1984— no es el más aconsejable de los recursos si se trata de estructurar un derecho patrio autosuficiente, original y autónomo. Mas el pecado está cometido y la institución del acto separable del contrato que, en concepto de muchos y muy autorizados comentaristas nacionales, no sólo es extraña a nuestro ordenamiento sino innecesaria dentro del panorama del derecho administrativo colombiano, está incrustada en nuestra legislación. En semejantes condiciones, lo desconcertante resulta que el más alto tribunal de lo contencioso administrativo teniendo, como la tuvo en el presente caso, la oportunidad de hacer precisiones indispensables en tan importante materia, deje de hacerlo, omita más de ochenta años de evolución doctrinaria y jurisprudencial y desconozca que para esa doctrina y esa jurisprudencia el acto mediante el cual la administración pública, como culminación de un proceso licitatorio, resuelve adjudicar el contrato licitado a uno de los proponentes, es acto administrativo unilateral de la administración pública y no la convención o el contrato mismo, esto es, acto jurídico bilateral, según lo sostiene la providencia mayoritaria de la cual me aparto.

Tercera. Que el acto mediante el cual la administración pública adjudica el contrato dentro de un procedimiento licitatorio es a la luz de las disposiciones que regulan en Colombia la contratación administrativa, acto unilateral y no bilateral, es verdad que puede calificarse de inconcusa, Bastan —en efecto— los siguientes ejemplos tomados al azar, para demostrar la justeza del anterior aserto:

a) De conformidad con el artículo 34 del Decreto 222 de 1983, la adjudicación debe hacerse mediante resolución motivada *"que se notificará personalmente al proponente favorecido según el Decreto 2733 de 1959 o normas que los sustituyan..."* La *notificación* —es bien sabido— es la forma legalmente adoptada en Colombia para hacer conocer las decisiones unilaterales de la administración que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas individuales, pues en el sistema legal colombiano ni los actos unilaterales de la administración de contenido general y abstracto ni los actos jurídicos bilaterales se notifican. Los primeros se *publican* y los últimos se *celebran*. Si, pues, la resolución mediante la cual se adjudica un contrato dentro del procedimiento licitatorio debe ser puesta en conocimiento del proponente favorecido en la misma forma en que se ponen en conocimiento de los titulares de situaciones jurídicas individuales los actos que las crean,

modifican o extinguen, no se ve la razón que permita sostener válidamente que aquella resolución no es un acto unilateral sino bilateral;

b) Conforme al segundo inciso del artículo 34 del Decreto 222 de 1983, contra la resolución mediante la cual se adjudica un contrato no procede recurso alguno por la vía gubernativa y de acuerdo con el inciso primero del artículo 35 del mismo Decreto, "ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario". Lo anterior, que guarda plena correspondencia y armonía con lo que estatuyen los artículos 49, 50 y 62 del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, pone de manifiesto —una vez más— que el acto mediante el cual la administración pública adjudica un contrato dentro del proceso licitatorio es típicamente unilateral, que no bilateral ni convencional, ya que la ejecutoriedad o calidad de firme que ese acto administrativo adquiere, sólo es predicable de ese tipo de actos denominados por la doctrina, justamente, *decisiones ejecutorias;*

c) De acuerdo con el artículo 36 del Decreto 222 de 1983, a menos que medie caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados, si el adjudicatario de una licitación no suscribe el respectivo contrato dentro del término que se haya fijado, queda a favor de la entidad contratante, como multa, el valor del depósito o garantía de seriedad de la propuesta, sin perjuicio de las demás acciones que la entidad pueda intentar para obtener el reconocimiento pleno de los daños y perjuicios experimentados que no alcanzaren a ser cubiertos por tal depósito o garantía. Pero la entidad contratante no podrá imponerle otras sanciones o multas, ni hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias, ni declarar la caducidad del supuesto contrato, pues éste aún no existe; no ha sido perfeccionado. Acontece, en tal hipótesis, algo similar a lo que sucede en el campo del derecho privado con la promesa de contrato, de la cual sólo se desprende para las partes una mera obligación de hacer: La de suscribir, la de celebrar el contrato prometido que, él sí, generará derecho y obligaciones recíprocas para las partes.

Cuarta. Lo que acaba de decirse impone, pues, distinguir nítidamente —y ello no lo hace la providencia de la cual me aparto— entre la adjudicación del contrato y la celebración del mismo. Son dos momentos o etapas diferentes que no pueden confundirse so pena de desnaturalizar el proceso de la contratación administrativa que se realiza previa licitación pública. Y esta distinción que es apenas obvia, aparece acogida y consagrada en varios textos del estatuto de la contratación administrativa (Decreto-ley 222 de 1983), como pasa a verse someramente:

a) Dispone el artículo 5º del Decreto en mención, al regular la responsabilidad de los consorcios, que las personas a quienes se les *adjudicare* un contrato responderán solidariamente por su *celebración* y por su ejecución. Es apenas elemental, entonces, que para la ley de contratación administrativa una cosa es la adjudicación del contrato, culminación del proceso licitatorio y que la administración contratante unilateralmente determina, y otra bien distinta la celebración del contrato como consecuencia de la firmeza de la decisión que adjudica el contrato. De no ser ello así, sobraría la nítida diferenciación que

entre las dos fases del procedimiento contractual, se consagra en el artículo comentado y habría que concluir, contra lo que enseñan la lógica jurídica y los principios elementales de hermenéutica, que el legislador extraordinario incurrió en tautología al expedir el artículo 5º en comentario;

b) La diferenciación entre la adjudicación del contrato y su celebración no está consagrada únicamente en el artículo 5º del Decreto 222 de 1983. Por el contrario, son numerosas las normas de dicho estatuto que estudiadas en forma armónica y de manera contextual, revelan que para el legislador extraordinario de 1983 el verdadero vínculo contractual surge, no como lo cree la opinión mayoritaria siguiendo en ello al ponente, con la adjudicación del contrato, sino con la celebración del mismo. Es así, como el artículo 6º del Decreto-ley 222 enseña que "*celebrado* el contrato no podrá cederse sino con autorización previa de la entidad contratante". *Celebrado, es el término escogido por el legislador, no adjudicado*, y alguna relevancia jurídica debe tener el hecho de haber optado por el primer vocablo y no por el último. Otro tanto cabe decir respecto del primer inciso del artículo 8º que establece las inhabilidades para *celebrar* contratos o respecto del inciso 1º del artículo 10 que señala las incompatibilidades para celebrar contratos con las entidades a que el Decreto 222 se refiere.

Quinta. Tres de los cuatro cargos que la solicitud de suspensión provisional planteó y el *a quo* denegó, están referidos a la violación de normas contenidas en el pliego de condiciones de la licitación. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca los analizó, defectuosamente en mi concepto, pero lo hizo. La providencia que la mayoría ha apoyado guarda sepulcral silencio al respecto, limitándose a exponer en una terminología vaga e imprecisa que comparte las apreciaciones del pedáneo en cuanto a que no existe "violación manifiesta, clara, ostensible o directa de normas de superior jerarquía" (ver punto -c-, página 27 del auto del auto del cual discrepo).

La omisión de la ponencia y, en seguimiento de ella, la de la opinión mayoritaria de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, contrista el ánimo, porque el tema jurídico planteado en los cargos formulados en la solicitud de suspensión provisional, ameritaba un análisis reposado de la cuestión y, de manera particular, del punto concerniente a la naturaleza del pliego de condiciones.

a) El pliego de condiciones (o de cargos como también se le llama), es ley del contrato y cuando la administración pública, al hacer la adjudicación, viola una cualquiera de las estipulaciones o requisitos consagrados en él, procede de manera ilegal y comunica el vicio al acto de adjudicación, el cual deviene anulable por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Y si la violación es ostensible, manifiesta, grosera, no sólo es anulable sino susceptible de ser suspendido provisionalmente. Ello, porque el acto contentivo del pliego de condiciones, como norma reglamentaria del concurso, gobierna y delimita la competencia contractual de la correspondiente entidad gubernamental, así el pliego haya sido elaborado por la propia autoridad que hace la adjudicación. El pliego es, pues, un acto subordinante toda vez que limita o circunscribe las facultades y poderes del organismo encar-

gado de hacer la licitación. Lo anterior es simple consecuencia del principio *"patere legem quam fecisti"*, de conformidad con el cual la autoridad administrativa debe respetar no solamente los ordenamientos expedidos por otras autoridades y órganos de superior jerarquía, sino las regulaciones que ella misma ha proferido.

Así las cosas, si el pliego de cargos es acto subordinante de la competencia administrativa porque condiciona los poderes de la autoridad administrativa que lo elabora, es forzoso concluir que el pliego debe ser observado y respetado no sólo por los proponentes o licitantes sino por la autoridad administrativa que, en acatamiento de la ley, ve así limitada su propia competencia. Siendo, pues, el pliego un acto subordinante que ata tanto a la administración como a los licitantes o proponentes, los actos que le están subordinados tales como la resolución de adjudicación o el contrato que se suscriba como culminación del proceso licitatorio, pueden y deben ser anulados por la jurisdicción contencioso administrativa cuando quiera que los actos subordinados vulneren, violen o desconozcan las disposiciones de carácter general contenidas en el acto subordinante;

b) Sobre el tema existen claros antecedentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado, como pasa a verse.

En efecto: En luminoso concepto del cual fue ponente el Magistrado Alberto Hernández Mora, la Sala de Consulta de la Corporación dijo, entre otras cosas, las que en seguida se transcriben:

"Si bien es cierto que todo contrato administrativo debe buscar su primer soporte en la ley que lo autoriza, su validez igualmente está determinada por la estricta observancia de los procedimientos legales que rigen la actividad contractual de la administración.

"Si el contrato no está autorizado por la ley, la administración no es competente para celebrarlo y sobra examinar el procedimiento seguido para contratar. Si existe facultad legal, es pertinente considerar el procedimiento y establecer, en caso de licitación pública, *la conformidad del contrato con las condiciones del pliego, que como normas reglamentarias del concurso gobiernan y circunscriben en cada caso concreto la competencia contractual de las entidades públicas...*"

"II. ... ..."

"III. *Naturaleza jurídica de la licitación pública como medio contractual.*

"En el derecho colombiano la formación de los contratos administrativos está sometida a un proceso complejo que contempla la competencia de la autoridad contratante, los requisitos propios de la celebración del contrato, y la aprobación posterior del convenio firmado.

"La licitación pública, como parte de este sistema, es un procedimiento impuesto por la ley a la autoridad administrativa, para celebrar ciertos contratos, en consideración a su naturaleza o a su cuantía. Las colectividades públicas no son siempre libres de

escoger sus contratantes. Esta restricción de la libertad se funda principalmente en la preocupación de proteger los intereses financieros de la administración. El régimen jurídico del concurso obedece al mencionado propósito.

"Cuando la ley impone a la administración un procedimiento especial para celebrar sus contratos, este procedimiento es obligatorio; las normas legales que lo prescriben se establecen en interés general y hacen parte de la legalidad que la administración debe respetar; su inobservancia afectaría de nulidad los actos contractuales así celebrados.

"La técnica contractual de la licitación persigue como finalidades esenciales, obtener en la gestión de los servicios públicos las condiciones más favorables dentro de lo que es equitativo y razonable y garantizar al ciudadano condiciones de igualdad frente a la gestión administrativa.

"En la licitación o concurso, la publicidad y la libre competencia son principios tradicionales, así como la igualdad de tratamiento y oportunidades a los posibles contratantes. Estos principios gobiernan nuestra legislación positiva y son el resultado de tendencias ideológicas más generales que se encuadran en la raíz misma de nuestras instituciones políticas, como la del liberalismo económico fundado sobre la libertad de empresa y la libre concurrencia y que en lo jurídico contribuyen a definir hoy el estado de derecho, con la igualdad del ciudadano frente a la ley y a los servicios públicos.

"... ... ..."

"En el procedimiento de la adjudicación pública, el pliego de condiciones garantiza la igualdad de trato a los proponentes, es la base de las ofertas y de la competencia esencial al concurso; por lo tanto, dentro de este sistema, el contrato que se celebre como resultado de la licitación no puede ser distinto en su naturaleza y condiciones al señalado por la administración en el pliego de condiciones; si así no sucediera, se burlarían las finalidades propias de la licitación pública, y se convertiría el contrato por concurso en contrato privado de la administración, lo que sería ilegal" (Todas las subrayas son del suscrito).

Y líneas más adelante, luego de citar los comentarios de André de Laubadére respecto de las condiciones de formación de los contratos administrativos y un fallo de esta Corporación del 27 de junio de 1966 en que con ponencia del honorable Consejero Alejandro Domínguez Molina se dijo que la licitación es una formalidad esencial del contrato administrativo, de importancia tal que cuando no se efectúa o se hace viciosamente "el contrato y el procedimiento viciado o uno de sus actos son nulos", el concepto en mención se refiere en la forma siguiente a las funciones que cumple el pliego de condiciones y a la naturaleza del mismo:

"En el proceso administrativo para contratar por el sistema de licitación, el acuerdo de voluntades se establece con relación a

la oferta o llamamiento a contratar que hace la colectividad pública y que concreta en el pliego de condiciones de la licitación.

"Estas condiciones deben señalar específicamente la naturaleza del contrato y sus modalidades, para que con relación a ellas se formulen las propuestas y la autoridad escoja la más conveniente.

"El pliego de condiciones en el concurso tiene como función jurídica la de señalar las obligaciones generales de las partes en el contrato proyectado. El contrato que se celebre como resultado de la licitación encuentra su fuente en el pliego de condiciones y no puede ser sino su desarrollo. Estas condiciones son elementos integrantes del contrato.

"Es, por lo tanto, el pliego de cargos como suele llamársele comúnmente, el elemento jurídico determinante o básico para el acuerdo de voluntades.

"Corresponde a la administración unilateralmente señalar en el pliego las condiciones y normas de la licitación, pero *una vez establecido y promulgado el reglamento del concurso ES LEY DE LAS PARTES Y OBLIGA TANTO A LA ADMINISTRACION COMO A LOS PROPONENTES. Esto quiere decir que la administración tiene en adelante dentro del proceso del concurso una competencia reglada.* Su facultad para contratar se limita al contrato enunciado y no a otro".

(Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de mayo de 1967; Consejero ponente doctor Alberto Hernández Mora, *"Anales del Consejo de Estado"*, Tomo LXXII, números 413-414, página 23 y siguientes. Sublíneas y mayúsculas fuera del texto).

Salvó su voto, es cierto, el Consejero doctor Guillermo González Charry, como aparece de páginas 39 a 42 del Tomo citado de los *"Anales"* de la Corporación. Pero el Consejero disidente comenzó por puntualizar muy claramente que compartía "el planteamiento teórico de la ponencia en cuanto al papel que desempeñan la licitación y el pliego de cargos en los contratos administrativos, sean o no de concesión de obras o servicios", lo cual implica que tal "planteamiento teórico" fue acogido por unanimidad de los integrantes de la Sala, la cual estaba integrada por los doctores Alberto Hernández Mora, quien actuó como ponente; Alberto Zuleta Angel, Alejandro Domínguez Molina y Guillermo González Charry, connotadísimos juristas todos, a cuya pluma debe la jurisprudencia de la Corporación y el derecho colombiano muchas de sus más gloriosas páginas;

c) Mas no ha sido tan sólo la Sala de Consulta la que se ha pronunciado en el sentido indicado. En la providencia de que fue ponente el Consejero Gabriel Rojas Arbeláez, de fecha 16 de enero de 1975, que la ponencia invoca y transcribe parcialmente, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación y bajo el rubro *"efectos del pliego de condiciones"* expresó lo siguiente:

"El pliego de condiciones compromete a la administración, por cuanto él contiene las bases de la relación contractual. Por eso se exige que sea claro y completo, y que relacione todos los

elementos indispensables para que los licitantes no tengan duda alguna sobre el objeto de la licitación, ni sobre el alcance, número y calidad de sus posibles obligaciones. Es decir, que en la oferta o pliego de cargos no son admisibles las omisiones, y menos las que pudieran tacharse de capciosas".

(*"Anales del Consejo de Estado"*, Tomo LXXXVIII, números 445 y 446, Primer Semestre de 1975, página 291).

En fallo del 29 de marzo de 1984, la propia Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo, con ponencia del Consejero José Alejandro Bonivento Fernández, dijo:

"Si la universidad abrió la licitación para la adquisición de elementos requeridos para su actividad docente, asumió, desde ese instante, el compromiso de ajustar todo el desarrollo del contrato a las condiciones allí señaladas y agotar las etapas requeridas para tal fin. Eso es evidente".

(*Anales del Consejo de Estado*, Tomo CVI, números 481-482, Primer Semestre de 1984, página 653).

Y, finalmente, quien llevó de su mano a la Sala Plena Contenciosa de la Corporación a negar que el pliego de condiciones sea norma subordinante dentro del proceso licitatorio, dizque porque sus estipulaciones no forman parte de la pirámide de jerarquía normativa, sostuvo lo que a continuación transcribo, en una providencia suya de Sala Unitaria datada el 6 de abril del año en curso:

"La licitación es principio que se inspira, como ya se anotó, en el principio de IGUALDAD DE LOS LICITANTES y también en el de *CUMPLIMIENTO ESTRICTO DEL PLIEGO*, con lo cual se busca eliminar, como lo enseña el profesor Sayagués Laso, '... los favoritismos y las colusiones dolosas en la contratación administrativa...' (Tratado de Derecho Administrativo, Cuarta Edición, Tomo I, pág. 553). La importancia y trascendencia del mismo lleva al citado tratadista a concluir que '... es una formalidad esencial en la contratación administrativa, establecida por razones de interés público. De ahí que su omisión invalide radicalmente el contrato, produzca nulidad absoluta, pudiendo ser invocada por todos: Por la administración, el particular contratante y los terceros interesados (obra citada, págs. 557 y 558).

"La filosofía jurídica anterior explica bien que a través de la acción de nulidad se pueda hacer el control del acto separable que ordena la apertura de la licitación pública, y que el mismo pueda ser suspendido cuando, como en el caso en comento, se dan los presupuestos exigidos por la normatividad jurídica para tomar medida de tanta importancia" (Las mayúsculas son del texto; las subrayas mías).

(Auto de 6 de abril de 1987; Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta; Expediente número 5050, Actor: "FEDEMETAL", "FEDESTRUCTURAS", "CAMACOL" y "FETRAMECOL", publicado en Revista "JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA", Tomo XVI, número 186, página 557).

Sexta. La suspensión provisional. Establecido que el acto mediante el cual se adjudica el contrato es acto administrativo unilateral y que el pliego de cargos obliga no sólo a los licitantes sino a la propia administración como ley del concurso, la decisión de que me aparto ha debido revocar la providencia apelada y, en su lugar, decretar la medida provisoria impetrada de modo expreso en la demanda, toda vez que por lo menos dos de los cargos planteados al efecto en el libelo ameritaban ese proceder. La Sala optó por el camino del menor esfuerzo y, sin mayor análisis, resolvió confirmar el auto impugnado denegatorio de la suspensión.

En efecto:

1. El numeral 3.13.3. del pliego de condiciones que gobernó la licitación abierta por la Empresa de Teléfonos de Bogotá expresaba, en un todo de acuerdo con las normas legales sobre la materia (Decreto-ley 222 de 1983, art. 282), que en la comparación que se hiciera entre las ofertas nacionales y las extranjeras *no se tendrían en cuenta las condiciones financieras ofrecidas.* Ello no obstante, y como sin esfuerzo alguno fluye del Acta número 459 del 28 de junio de 1985, que es el acto contentivo de la adjudicación y de cuya suspensión provisional se trataba, para arribar a la decisión que se adoptó, tomó la propuesta de la sociedad "Ericsson de Colombia S. A." —cuya calidad de productor nacional está acreditada y no se puso en duda por la entidad contratante *sin financiación,* en tanto que la propuesta presentada por la firma que resultó, a la postre, adjudicataria de la licitación— la "Siemens Aktiengesellschaft", cuya calidad de productor extranjero tampoco ha sido ni fue cuestionada, se tomó *con financiación* (Acto acusado, páginas 42, numeral 2 y 48).

Con semejante proceder, la entidad adjudicataria violó en forma clara, ostensible y manifiesta no sólo el acápite 3.13.3. del pliego de cargos, ley de la licitación, sino el artículo 282 del Decreto-ley 222 de 1983 que expresamente prohíbe el proceder adoptado por la Empresa de Teléfonos de Bogotá. Ello, por sí solo, habría bastado para la revocatoria del auto apelado y el consiguiente decreto de suspensión provisional del acto administrativo unilateral mediante el cual se adjudicó la licitación a la firma alemana "Siemens A.G.".

2. Sin embargo, también se violaron con el acto acusado el artículo 27 y el 33, inciso final, del Decreto-ley 222 de 1983, que son evidentes aplicaciones legislativas del principio toral de la licitación pública constituido por la igualdad de tratamiento a los licitantes u oferentes. Y se violaron porque de conformidad con las condiciones del concurso, la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá podía hacer la adjudicación del equipo de conmutación y de la Red Digital de Servicios Integrados (RDSI) como una sola unidad o por *"ítems"*, esto es, por partes. En el momento de hacer la adjudicación, la Junta decidió adjudicar conjuntamente, es decir, como una sola unidad equipo de conmutación y RDSI. Mas, como es apenas natural y obvio, en tal caso debía comparar las ofertas también en forma conjunta y no fraccionadamente como lo hizo, ya que solamente comparó los precios del equipo de conmutación y dejó de lado las cotizaciones presentadas para el equipo RDSI, el cual, no obstante la irregularidad apuntada, también fue adjudicado a la firma alemana, sin considerar que en

cuanto a precios de las propuestas presentadas par el equipo RDSI había una diferencia cercana al millón de dólares, que hacía más favorable la cotización de "Ericsson de Colombia S. A.".

Séptima. Como durante los debates a que dio lugar en la Sala Plena Contenciosa el presente asunto se insinuó que la Corporación no podía pronunciarse respecto de la suspensión provisional impetrada, pues ello equivaldría a tener que revisar, una a una, las diversas propuestas presentadas durante el proceso licitatorio para determinar cuál de ellas era, en últimas, la más favorable, es pertinente manifestar que en ninguna hipótesis puede ello ser cierto, toda vez que la acusación está claramente dirigida contra el acto administrativo mediante el cual la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá adjudicó el contrato licitado, por motivos de ilegalidad que contiene y la demanda puntualiza y, en forma alguna, contra las etapas o actuaciones que precedieron a dicha determinación.

De otra parte, no es de recibo tampoco el argumento conforme al cual lo que ha sido objeto de debate no es el acto de adjudicación de la licitación sino el acta de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, que no es un acto administrativo sino una pieza destinada a servir de documento histórico. Y no lo es, porque a más de tratarse de casi un juego de palabras para eludir el problema, la verdad real y escueta es, sencillamente, la de que el acto de adjudicación de la licitación, la decisión unilateral de la administración en tal sentido, está contenida en el documento denominado "ACTA". Bien habría podido llamarse resolución, acuerdo, etc. y ese hecho accesorio, carente de trascendencia sobre el fondo del asunto, no habría cambiado la naturaleza de las cosas en el presente caso, porque aquellas, al fin y a la postre, son lo que son y no dependen del rótulo o bautizo que se les dé.

Atentamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION (Aclaración de voto).—

1. Naturaleza del acto de adjudicación. ACTO SEPARABLE (art. 136, Decreto 01 de 1984).

2. SUSPENSION PROVISIONAL PARA ANTE EL ACTO DE ADJUDICACION (art. 152 del Decreto 01 de 1984). Aplicación.

3. PLIEGO DE CONDICIONES O PLIEGO DE CARGOS. ¿Qué debe contener? Violación del PLIEGO DE CARGOS a través del acto de adjudicación.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veintiséis de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Referencia: Radicación S-003. Actor: Sociedad Ericsson de Colombia S. A.

ACLARACION DE VOTO

DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

Comparto la parte resolutiva del auto proferido por esta Corporación el día 3 de junio de 1987, mediante el cual confirmó el auto de 28 de noviembre de 1985 de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el cual se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en el negocio de la referencia, pero disiento de algunos de los apartes de su motivación y por ello, con el debido respeto, debo aclarar mi voto así:

1º En el procedimiento licitatorio, la decisión por la cual se escoge al contratistas, o sea la que hace la adjudicación del contrato, es un acto administrativo unilateral, calificado expresamente por el Código Contencioso Administrativo como un acto separable del contrato mismo (art. 136), y susceptible de control jurisdiccional a través de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho (art. 87, Código Contencioso Administrativo).

La anterior afirmación puede hacerse sin lugar a dudas, luego de la expedición del Decreto 01 de 1984 y por ello, la jurisprudencia citada en la parte motiva del auto proferido por la Corporación a mi juicio ha perdido su vigencia, pues si bien fue válida para precisar ciertos aspectos que no tenían definición a nivel de la legislación positiva, hoy la solución legal es diferente.

2º Precisado el punto anterior, si el acto de adjudicación de un contrato es un acto administrativo unilateral y separable, respecto del cual es posible ejercer las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, es también susceptible de aplicación de la figura de la suspensión provisional prevista en el artículo 152 del Decreto 01 de 1984.

3º Cuando una entidad resuelve abrir una licitación para llegar a seleccionar un contratista, ella misma fija, dentro del marco legal, las condiciones del proceso de selección, de celebración, de perfeccionamiento, y de ejecución del contrato en el que se denomina pliego de cargos.

Dicho acto al precisar las reglas que deben tener en cuenta los interesados en el contrato, es obligatorio y vinculante para los participantes en la licitación y para la misma administración.

Por ello, para efectos de establecer, si un acto administrativo relacionado con un procedimiento licitatorio, viola una norma superior y debe ser por ello suspendido provisionalmente, deberá analizarse no solamente a la luz de las normas constitucionales legales o reglamentarias, sino también enfrente al pliego de cargos que estableció las condiciones de la contratación.

4º De conformidad con lo previsto en el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, aplicable al caso de autos, de conformidad con lo precisado en los puntos anteriores, se exige para que proceda la suspensión provisional que haya manifiesta violación de una norma superior y en tratándose de una acción, distinta de la de nulidad, como en el presente caso, que aparezca sumariamente comprobado el perjuicio que sufriría el actor.

La violación manifiesta y los perjuicios, son los aspectos que a mi juicio no aparecen debidamente establecidos en el presente caso, y esta la razón por la cual no puede prosperar la solicitud de suspensión provisional.

En efecto, los cuatro cargos que el libelista plantea contra el acto de adjudicación del contrato, para solicitar su suspensión provisional, se refieren todos a cuestiones que requieren un análisis detallado sobre la evaluación de la financiación o créditos ofrecidos por los proveedores, sobre las condiciones de las diferentes ofertas, sobre los estudios técnicos y financieros que se elaboraron previamente a la adjudicación, o respecto de los certificados presentados por los licitantes, todo lo cual implica un análisis probatorio y estudios comparativos de los diferentes documentos que conforman el expediente de la licitación, tales como estudios técnicos, financieros, cuadros de comparación de propuestas, etc., así como análisis de las propuestas mismas y por ello no es posible afirmar que haya una violación manifiesta que dé lugar a una declaratoria de suspensión provisional, previa una simple comparación del acto acusado con las normas que se citan como violadas. La legalidad o ilegalidad del acto deberá establecerse a lo largo de todo el proceso.

Con el fin de cumplir el requisito exigido por el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, el libelista que solicita la suspensión provisional afirma que el perjuicio es notorio, y comprueba con los recibos respectivos, los gastos hechos para participar en la licitación (costo del pliego de condiciones y prima de garantía de seriedad de la oferta). Este aspecto no fue analizado en la providencia comentada y considero que es un aspecto que se ha debido analizar, toda vez que es un requisito que exige la ley para que proceda la suspensión provisional.

En el caso de autos dicho requisito no se ha cumplido: En efecto, la Sociedad Ericsson de Colombia S. A. no ha demostrado los perjuicios que le ha causado el acto demandado: En efecto, los gastos realizados y probados, son simplemente los costos de su participación en la licitación, participación que por lo demás, no le crea ningún derecho sino solamente la expectativa que surge con su participación en el proceso de selección de un contratista.

Así las cosas, ni hay perjuicio comprobado, ni se ha desconocido ningún derecho a la citada sociedad: Esta participó en una licitación y no salió favorecida.

Pero además, y por ello, se ha afirmado que para confirmar los cargos planteados se deberían revisar todas las propuestas, aún suponiendo que se deba suspender el acto acusado, no es posible afirmar, sin realizar esa revisión, que la adjudicación ha debido hacerse a la Sociedad Ericsson de Colombia S. A.

Por todo lo expuesto comparto la parte resolutiva de la providencia de 3 de junio de 1987 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Consuelo Sarria Olcos.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION (Aclaración de voto).—

1. Artículo 136 del Decreto 01 de 1984.

2. EL ACTO DE ADJUDICACION COMO ACTO SEPARABLE.

3. SUSPENSION PROVISIONAL DEL ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO.

4. "PERJUICIO NOTORIO". Es inaceptable en tratándose cabalmente de actos administrativos subjetivos.

PRUEBA SUMARIA DEL PERJUICIO CAUSADO.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO

DOCTOR SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Expediente número S-003 (Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta).

Bogotá, D. E., catorce de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la providencia de esta Corporación de 3 de junio de 1987 que resolvió confirmar la de 28 de noviembre de 1985 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por la cual se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Mas mi aclaración de voto va a lo siguiente:

1. El acto de adjudicación de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá S. A., de adjudicación a la sociedad Siemens Aktiengesellschft y registrado en Acta número 459 de 28 de julio de 1985, objeto de controversia a través de la acción de restablecimiento del derecho incoada por la sociedad Ericsson de Colombia S. A. es, a mi parecer, administrativo unilateral, por encontrarse, entre otras razones, definición expresa en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Esta norma califica al acto de adjudicación como separable y susceptible de ser impugnado jurisdiccionalmente, aún desde antes de terminarse o liquidarse el contrato.

2. En el evento *sub lite* se ejerce la acción de restablecimiento del derecho, lo que de suyo, y para efectos de la suspensión provisional prevista en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo exige que debe aparecer comprobado siquiera sumariamente el *perjuicio* que sufre o podría sufrir el actor (inciso 3º).

La sociedad demandante ahora recurrente, en relación con dicho perjuicio razona como sigue:

"El perjuicio:

Para los efectos del inciso 3º del artículo 152 del Decreto 001 de 1984, manifiesto que el perjuicio que sufre mi mandante es notorio y por lo mismo no es menester su comprobación (art. 177 del C de P. C.). Sin embargo, acompaño los siguientes documentos: Recibo de Caja número 871129 expedido por la Empresa de Teléfonos de Bogotá el 27 de diciembre de 1984 por $ 550.000,oo, valor del original y una copia del pliego de condiciones; copia del recibo de pago por $ 6.210.748.oo, valor de la prima de la garantía de seriedad de la propuesta de Ericsson de Colombia S. A., expedido por la Compañía de Seguros del Estado S. A., complementando con un certificado de la misma compañía sobre el pago de la prima.

Estos documentos son apenas indicativos de algunos de los perjuicios y no detemirnan el monto de la totalidad de los sufridos, pues, se trata solamente de cumplir un presupuesto procesal de la suspensión provisional. Además debe tenerse en cuenta que los perjuicios aumentarán y continuarán produciéndose de no suspenderse los efectos del acto demandado. Como están satisfechos los requisitos del artículo 152 del Decreto 001 de 1984, pido al honorable Tribunal la suspensión provisional del acto de adjudicación contenido en el Acta número 459 de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, en su sesión del 28 de junio de 1985, en cuanto adjudicó a Siemens Aktiengesellschaft 'el Sistema de Conmutación con los Opcionales Ajustes Recomendados', así como 'la Red Digital de Servicios Integrados y Facilidades Adicionales para el Centro de Administración, Operación y Mantenimiento' ".

Como se ve no aparece demostrado perjuicio alguno, inobservándose así lo ordenado en el artículo 152 citado.

Y ello porque, en primer lugar, se apela a la figura del "perjuicio notorio" que es inaceptable en tratándose cabalmente de actos administrativos subjetivos que crean una situación jurídica individual, cual es el del caso *sub lite*. Quien deberá entonces demostrar "aunque sea sumariamente" los perjuicios sufridos será la persona afectada por el acto, quien por padecerlos los conoce muy bien. Esta labor entonces no puede dejarse al juez sucedáneamente, quien, por lo demás carece de los suficientes elementos de juicio al respecto.

En segundo lugar, no constituye perjuicio el valor que tuvo que desembolsar la actora para obtener el formulario contentivo del pliego de condiciones, porque todos los solicitantes debieron hacer igual pago. Tampoco se le inflige daño económico porque hubo de constituir una garantía de seriedad, ya que todos los licitantes deben prestarla y además se devuelve a los no favorecidos con la adjudicación (arts. 30 literal f y 37 del Decreto 222 de 1983).

Atentamente,

Simón Rodríguez Rodríguez.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION (Aclaración de voto).—

1. Naturaleza de ACTO SEPARABLE.

2. Acciones.

3. PLIEGO DE CONDICIONES: Concepto.

4. SUSPENSION PROVISIONAL PARA ANTE EL ACTO DE ADJUDICACION. Requisitos que deben cumplirse.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE

Apruebo la decisión de la providencia en cuanto no accede a suspender el acto acusado, mas no exactamente por los motivos expuestos en ella y resumo las razones de mi respetuosa aclaración de voto, así:

Comparto la opinión de los compañeros de Sala relacionada con la naturaleza del acto de adjudicación, como acto administrativo de carácter unilateral, no bilateral, que como acto separable que es en virtud de lo dispuesto por el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 (penúltimo inciso), es susceptible de control jurisdiccional conforme a las reglas generales del citado estatuto, sobre impugnación de los actos administrativos.

Comparto también la opinión de quienes consideran al "pliego de condiciones" como integrante del concepto de "norma superior", a la cual está sujeto al acto de adjudicación. Considero que el pliego legalmente expedido es norma superior tanto para la administración como para los administrados en general y en particular para los proponentes; es *ley* antes de la adjudicación, durante la adjudicación y después de ella.

Comparto la opinión de quienes reivindican para la jurisdicción la posiblidad de suspender provisionalmente un acto de adjudicación, pero dentro de los estrictos parámetros del artículo 152 del Decreto 01 de 1984.

En el caso sometido a decisión, la solicitud fue bien presentada, pero en cuanto a otros requisitos considero que no fueron exacta y totalmente satisfechos. Los principales de ellos, por tratarse de acción de "restablecimiento del derecho" eran los siguientes:

a) ... la manifiesta violación de una norma superior que surja de una sencilla comparación ...

En el factor de "norma superior" incluyo el pliego de condiciones, como lo expuse.

Estimo de excepcional ocurrencia la manifiesta violación de norma superior en actuaciones como el proceso de licitación pública en el cual gran parte es reglado, pero en últimas la Administración goza de facultad discrecional que se concreta en tener la libertad de escoger entre varias opciones, previamente igualadas según criterios legales. Es posible que exista violación pero si ésta no surge de la sencilla comparación de la norma con el acto, no sirve de fundamento para la suspensión provisional de éste;

b) ... o que surja del examen de las pruebas aportadas...

Comparto las opiniones sobre la interpretación restrictiva de la prueba (Carlos Betancur J. y Gustavo Humberto Rodríguez, citado por él).

c) ... deberá aparecer comprobado, aunque sumariamente, el perjuicio actual o el potencial ...

Considero que los perjuicios deben ser causados directamente por el acto acusado, pues se supone que al ser suspendido éste, dejan de causarse aquellos. Evitar éstos, por la realización de un acto manifiestamente ilegal, es precisamente la razón de ser de la figura de la suspensión provisional.

Los perjuicios por la no adjudicación deben guardar estrecha relación con los "derechos" que hubiera producido la adjudicación.

Según el Código Fiscal de Bogotá, D. E., vigente en la época del caso debatido, Acuerdo 9 de 1976, artículo 264 numeral 1º, letra k, incorporado al Pliego número 2.15.3., la entidad pública se reservaba la facultad "de adjudicar total o parcialmente, de no adjudicar, y de una vez adjudicada contratar o no contratar". De lo anterior se deduce que si aún en el supuesto de resulta favorecido con la adjudicación no se adquiría derecho al contrato, no está demostrado el perjuicio de quien no fue favorecido con la adjudicación. Se deduce también que, aún en el supuesto de ser suspendido el acto de adjudicación (por ser manifiestamente violatorio de norma superior), no se genera en forma automática como restablecimiento o como remedio al perjuicio, el derecho a contratar o a forzar a la entidad a ello, cuando tal derecho no existe. Es por ello que no puede aceptarse esta situación como hecho notorio que además resulte exento de prueba.

Finalmente, no pueden aceptarse como perjuicios, ni siquiera como indicativos de ellos, parciales o provisionales, los gastos inherentes a la licitación (valor del pliego y prima de la garantía de seriedad), cuando de antemano se sabe que corren la contingencia de perderse en caso de no resultar favorecido.

Por lo expuesto, mi opinión fue la de que no procedía la suspensión provisional del acto acusado.

Atentamente,

Jaime Abella Zárate.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION (Aclaración de voto).—
EL ACTO DE ADJUDICACION COMO ACTO SEPARABLE. SUSPENSION PROVISIONAL.
Artículo 152 del Decreto 01 de 1984. Naturaleza del acto como UNILATERAL. Acciones.

ACLARACION DE VOTO DEL CONJUEZ
DOCTOR CARLOS UPEGUI ZAPATA

Referencia: Proceso ordinario de la compañía Ericsson de Colombia S. A. contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá. Expediente número S-003 (4926).

Con todo comedimiento, me permito expresar las razones de aclaración de mi voto afirmativo de la providencia dictada por la Sala Plena, en reunión del día 3 de junio de 1987, en el proceso del rubro. Ellas sirven de fundamento a mi conformidad con la parte resolutiva y a mi respetuosa discrepancia respecto de algunas de las consideraciones que motivan tal providencia.

Primera: Estimo procedente confirmar la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto deniega la suspensión provisional solicitada por la compañía Ericsson de Colombia S. A., simple y llanamente, porque del examen de las pruebas aportadas, no aparece que la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, al aprobar el acto de adjudicación impugnado, haya incurrido en violación manifiesta del pliego de condiciones. En este sentido es clara y precisa la ponencia en la consideración, que aparece viable y válida, hecha en el primer párrafo del literal c) de la parte motiva (fl. 375).

La naturaleza de los cargos formulados contra la adjudicación, descarta toda posibilidad de lograr, en la etapa inicial del proceso, la formación de un convencimiento sobre la existencia de violación manifiesta de infracción de normas superiores, especialmente si se tiene en cuenta que las propuestas de la compañía Ericsson de Colombia S. A. y de la sociedad Siemens Aktiengesellschft difieren sustancialmente en varios aspectos, al extremo de imposibilitar a la Sala para llegar en forma sencilla y elemental, sin mediar el concurso de peritos, a dar acogida a uno cualquiera de los cinco fundamentos de impugnación.

De otra parte, el acto de adjudicación acusado es complejo. El se produjo, según aparece demostrado en el expediente, como resultado de una serie de estudios y análisis de orden técnico, jurídico y finan-

ciero, así como de otros que tienen relación con aspectos de conveniencia del servicio. Si hubo criterios equivocados, de carácter legal, en la evaluación comparativa de las propuestas y en la adjudicación misma, no se infieren de la prueba hasta ahora conocida, y deben ser objeto del esfuerzo probatorio en el curso del proceso.

Segunda: Si se hubiera demostrado la violación manifiesta del pliego de condiciones, que tiene el carácter de norma superior, y, además, la existencia de un perjuicio irrogado o que se pueda irrogar a la sociedad demandante, sin duda alguna, habría prosperado la petición de suspensión provisional de la adjudicación impugnada. Una decisión en tal sentido encajaría dentro de las prescripciones de los artículos 136 y 152 del Código Contencioso Administrativo.

Tercera: Observo que no son concordantes todas las consideraciones que hace la Sala para mantener la providencia del *a quo*, en sus literales a), b) y c) de la parte motiva.

En efecto, en el literal a), con respaldo en varias jurisprudencias de esta Corporación se atribuye carácter bilateral a la adjudicación, una vez comunicada, carácter que impide que su régimen sea el mismo establecido para los estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o plena jurisdicción reguladas en el Código Administrativo (fl. 374).

En el literal b) se presenta la tesis de que los actos administrativos de carácter unilateral son los únicos susceptibles de suspensión provisional (fl. 374).

En el literal c), se dice que las precisiones de los dos literales anteriores, "serían suficientes para confirmar la providencia impugnada". En otras palabras que la adjudicación demandada por la compañía Ericsson de Colombia S. A., no es susceptible de suspensión provisional por tener el carácter de bilateral y haber sido comunicada a los interesados.

En el mismo literal c) aparece que la confirmación también es de recibo, porque "la sencilla confrontación de los textos no es susceptible para deducir una violación manifiesta, clara, ostensible o directa de las normas citadas como de jerarquía superior, como se destaca en la providencia recurrida" (fl. 375).

La falta de coherencia de los considerandos, a mi juicio, origina confusión e incertidumbre, no permite conocer la verdadera fundamentación de la decisión ni precisar las disposiciones legales aplicables.

De otra parte, la ponencia contiene interesantes citas jurisprudenciales sobre aspectos que no son materia de controversia pero que pueden causar duda sobre el alcance y significado que realmente tienen, si se piensa en que el acto impugnado, es el de adjudicación en una licitación pública.

Igual inquietud puede despertar el planteamiento final de la providencia, en cuanto expresa lo siguiente: "Para el *ad quem* no existe duda alguna en el sentido de que el acto de adjudicación crea una situación jurídica concreta para el beneficiario del mismo que no puede ser ni modificada ni alterada sin su previa aquiescencia" (fl. 275).

Es este uno de los principios del régimen contractual de la administración pública, de aceptación general, que ninguna aplicación puede tener en asuntos relacionados con la definición de una solicitud de suspensión provisional.

Temo incurrir en equivocación al manifestar que los argumentos de la ponencia, excluido el contemplado en el literal c), correspondan a criterios restrictivos propios del Código anterior, que ninguna aplicación puede tener durante la vigencia del Decreto 01 de 1964.

Atentamente,

Carlos Upegui Zapata.

Bogotá, D. E., septiembre 15 de 1987.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.—

Que la valoración jurídica sea acertada en todos sus aspectos es precisión jurídica que no exige la ley.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION Y PLIEGO DE CONDICIONES.

1º El apartamiento de las cláusulas del pliego en sólo cuestiones de detalle, sin trascendencia, respetándose el pliego en todo lo demás, especialmente en las prescripciones fundamentales, no existe inconveniente para que, si está en primer término, se le declare adjudicatario.

2º Los meros DEFECTOS FORMALES que NO AFECTEN SUSTANCIALMENTE LA VALIDEZ DE LA OFERTA, no provocan su rechazo.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION. ANULACION DEL ACTO DE ADJUDICACION.

Reiteración jurisprudencial. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. NULIDAD. Aunque se haya vencido el plazo fijado, pues es consecuencia de nulidad de la adjudicación.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION.

1º Es bien sabido que en estas materias el manejo del plazo, su amplitud o restricción, es aspecto importante y definitorio que juega con todas las operaciones en la vida de los negocios.

2º Doctrina (Jesús González Pérez).

3º PROPUESTA MAS CONVENIENTE para los intereses generales de la administración.

4º SELECCION IRREGULAR. PROPUESTA Y PLIEGO DE CONDICIONES: Concordancia.

5º NO ADJUDICACION: Cuando la administración aduce unas causales o motivos para no hacer la adjudicación a un determinado interesado, no puede después alegar otras no enlistadas en el momento en que tomó la decisión negativa. PERJUICIO CAUSADO CON LA NO ADJUDICACION. PERJUICIO CONTRACTUAL, cuando en la minuta del contrato, que se adjunta al pliego de condiciones, se contempla CLAUSULA PENAL: El monto que debe indemnizar la administración por su incumplimiento no puede exceder al fijado en la referida cláusula accesoria. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL. Artículo 1604 del Código Civil.

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA. Exigencias (art. 1594 del C. C.). Indexación de la condena y pago de intereses. INTERES TECNICO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diecinueve de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Colaboró: Abogado Asistente doctor *Fernando Ospina.*

Referencia: Radicación número 4694. Apelación Sentencia. Actor: Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A. SOCOVIG. Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

I

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, dentro del negocio del rubro, el día veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda por las razones de naturaleza fáctica y de valoración jurídica que en el citado proveído se precisan.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo. En él se lee:

"La 'Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A. SOCOVIG', por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, presentó ante el Tribunal demanda contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para que por los trámites legales se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Es nulo el acto administrativo, contenido en la decisión de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., adoptada en la sesión del 4 de junio de 1981, Acta número 1954, que declaró desierta la licitación pública número DSG-001/81, para la contratación del servicio de vigilancia de las diferentes dependencias de la empresa y no autorizó la prórroga del contrato de fecha 27 de mayo de 1980, que para el mismo servicio se celebró entre dicha empresa y la Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A. 'SOCOVIG'.

"2º Es nulo el acto administrativo, contenido en la decisión de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., adoptada en la sesión del 11 de junio de 1981, Acta número 1955, mediante la cual se acordó: Autorizar a la Administración la contratación directa de los servicios de vigilancia de las distintas dependencias de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá con la firma 'Servinco Bogotá Ltda.', de acuerdo con la cotización presentada por dicha firma según su nota número 111 de fecha 11 de junio de 1981.

"3º Es nulo el contrato celebrado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., y la sociedad Servinco Bogotá Ltda., para la prestación del servicio de vigilancia en las dependencias de dicha empresa, vigente por el período comprendido entre el 1º de julio

de 1981 y el 30 de junio de 1982, autorizado mediante el acto administrativo a que se hizo alusión en el punto anterior.

"4º Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., a pagar a la Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A. 'SOCOVIG', las siguientes cantidades en dinero:

"4.1. El valor de los perjuicios materiales que le fueron causados con motivo de la expedición de los actos acusados y la celebración del contrato mencionado, al no haberse adjudicado la licitación número DSG-001/81 y al contratarse directamente los servicios de vigilancia con la sociedad 'Servinco Bogotá Ltda.", los cuales estimo en una suma no inferior a siete millones de pesos ($ 7.000.000.oo) moneda corriente, o la que aparezca demostrada dentro del proceso o se liquiden de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"4.2. Los gastos del proceso y los intereses corrientes y moratorios, sobre la cantidad que resulte en favor de la citada sociedad, desde la fecha en que deban efectuarse los pagos respectivos hasta cuando efectivamente se realice la cancelación de la obligación.

"De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta jurisdicción solicito que el valor de la indemnización se actualice, tomando en consideración el índice de la devaluación monetaria.

"Fundamentos de hecho:

"La parte actora, en su libelo demandatorio, narra como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

"1º Entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., y la Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A. 'SOCOVIG', se celebró un contrato, con fecha 27 de mayo de 1980, para la prestación del servicio de vigilancia en las diferentes dependencias de la citada empresa, cuya duración se pactó hasta el día 31 de marzo de 1981. En virtud de una adición al contrato, que se acordó entre las partes, la duración del mismo se prorrogó hasta el día 30 de junio de 1981.

"2º Aproximadamente en el mes de enero de 1981, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., en razón de que estaba por vencerse el término inicial del contrato mencionado en el punto anterior, abrió la licitación número DSG-008/80, para la prestación del servicio de vigilancia en las dependencias de la empresa, es decir, para el mismo objeto contemplado en el contrato entonces vigente con 'SOCOVIG'. Aunque varias empresas de vigilancia compraron pliegos, solamente presentaron propuestas dos (2) de ellas, Seguridad Superior y SOCOVIG. No obstante, que la propuesta de esta última era la más favorable, en todo sentido, se declaró desierta la licitación y se rechazó la oferta por no haber presentado el balance del año de 1980, requisito que no podía exigir, porque en el punto 2.4 del pliego de condiciones se exigió el balance del último año y siendo la licitación de 1980, SOCOVIG entendió que el balance exigido era el del año de 1979.

"3º Posteriormente la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., abrió la licitación número DSG-001/81, para la presta-

ción del servicio de vigilancia en las diferentes dependencias del Acueducto, esto es, para un objeto idéntico al del contrato vigente con SOCOVIG y al previsto en la licitación DSG-008/80, declarada desierta.

"4º Mediante el Oficio número GG/986 del 6 de mayo de 1981 y dentro del término previsto en el punto VI, del pliego de condiciones de la licitación últimamente citada, SOCOVIG formuló una propuesta, ajustada a las exigencias del referido pliego, con el fin de prestar el servicio de vigilancia en las dependencias de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., 'a un costo mensual de $ 3.314.031.oo y a un costo por dos (2) años de $ 79.536.744.oo', de conformidad con el anexo número uno (1) que se acompañó a la respectiva propuesta.

"A la propuesta adjuntó SOCOVIG, copia auténtica de la Resolución número 1316 del 23 de junio de 1980, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se renovó el permiso de funcionamiento de la sociedad, acompañada de una constancia de fecha 4 de mayo de 1981, expedida por la Sección Jurídica de dicho Ministerio, con lo cual se acreditaba que se encontraba en trámite la renovación del citado premiso para el ñao de 1981.

"5º Con Oficio número GG/1008 del 5 de junio de 1981, SOCOVIG envió al señor Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., copia de la Resolución número 1333 de mayo 13 de 1981, por medio de la cual el Ministerio de Defensa renovó el permiso de funcionamiento a varias empresas de vigilancia, entre las cuales estaba SOCOVIG.

"6º Según consta en el Acta número 002/81, con fecha 6 de mayo de 1981, se hizo apertura de las propuestas presentadas en desarrollo de la licitación DSG-001/81, con el resultado de que sólo encontraron dos (2) propuestas, la de SOCOVIG y la de la sociedad Seguridad Superior Ltda., por la suma de $ 3.527.225.oo mensuales. Hecha una comparación de las propuestas presentadas, la oferta de SOCOVIG era mejor que la de la empresa Seguridad Superior Ltda., no sólo en cuanto precio, sino en relación con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el punto XV 15-1 del pliego de condiciones y tenía en consecuencia derecho a que se le adjudicara la licitación.

"7º Mediante el Oficio número 307992 del 11 de junio de 1981, la señora Nora Salazar de Zuluaga, Secretaria General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, comunicó a SOCOVIG que la Junta Directiva de esta entidad, 'en su sesión del 4 de junio del presente año, Acta número 1954, declaró desierta la licitación pública número DSG-001/81, para la prestación del servicio de vigilancia y que, en consecuencia, no había autorizado la prórroga del contrato celebrado con SOCOVIG'.

"Aun cuando a SOCOVIG no se le dieron a conocer oficialmente las razones por las cuales se declaró desierta la licitación DSG-001/81 y se rechazó su propuesta u oferta de contrato, se pudo establecer que los motivos invocados por la citada empresa, rodeados de aparente legalidad, fueron que SOCOVIG no había presentado, con su propuesta la prueba de que el permiso de funcionamiento de la sociedad se encontraba vigente.

"8º A pesar de que, como lo he expuesto antes, las decisiones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., que declararon desiertas las mencionadas licitaciones, aparentemente tienen un fundamento serio, real y ajustado a la ley, lo cierto es que tales decisiones, no sólo se adoptaron con violación de las normas legales y de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, sino que fueron las etapas iniciales o los pasos previos que consideraron necesarios recorrer algunos funcionarios de la citada empresa, entre ellos la señora Nora Salazar de Zuluaga Secretaria General y Gerente Encargada, en ese entonces, para crear las condiciones propicias para lograr la adjudicación directa del contrato de vigilancia a una empresa de vigilancia que a su juicio muy personal, llenara 'ciertas y determinadas condiciones y requisitos', es decir, que resultara conveniente para sus intereses personales, todo lo cual se deduce de los siguientes hechos:

"a) La declaratoria de desierta de la primera licitación y el rechazo de la oferta de SOCOVIG no se justificaba, porque se presentó el balance correspondiente al último año de licitación (DSG-008/80) es decir, 1979;

"b) No se justificaba declarar desierta la licitación número DSG-001/81 y rechazar la propuesta u oferta de SOCOVIG, porque ella reunía todos los requisitos del pliego de condiciones. Además, el motivo legal en apariencia, invocada por la empresa, esto es, que SOCOVIG no tenía permiso de funcionamiento no era valedero porque entre las partes se encontraba vigente un contrato de vigilancia en ese momento, lo cual hacía presumir que se conocía su aptitud legal para prestar esta clase de servicios, aparte de que acreditó en la fecha de la presentación de la propuesta, que se encontraba en trámite la renovación del permiso y posteriormente se allegó (junio 5 de 1981), la resolución mediante la cual se renovaba el citado permiso, mucho antes de que se le comunicara a SOCOVIG el rechazo de su propuesta y que la licitación había sido declarada desierta;

"c) Antes de que se enviara a SOCOVIG la comunicación número 307992 del 11 de junio de 1981, en la cual se puso en conocimiento que la licitación DSG-001/81 había sido declarada desierta, y de que se autorizara la contratación directa, la señora Nora Salazar de Zuluaga, asume una conducta a todas luces irregular y que da base para pensar que quería perjudicar a SOCOVIG y favorecer a la empresa 'Servinco Bogotá Ltda.' como se desprende de lo siguiente: C-1) Con Oficio número S-307767 de junio 8 de 1981 solicita a la empresa Servinco Bogotá Ltda., presentarles una cotización para la prestación del servicio de vigilancia, idéntica solicitud hace a la empresa SEYCO LTDA., no inscrita en el registro de proponente, con Oficio número S-307766 de la misma fecha; C-2) Mediante comunicación de junio 10 de 1981, SEYCO LTDA., envía a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S. A., su oferta de servicios, por la suma $ 3.455.600.oo mensuales, superior en precio a las anteriores propuestas de SOCOVIG, la señora Nora Salazar de Zuluaga le envía la comunicación de junio 10 de 1981 en la cual se solicita reconsiderar el valor de la cotización determinándolo en $ 142.000.oo menos; como propuesta a la 'rebajita', SEYCO LTDA., mediante Oficio número G-102/81, de junio 11 de 1981, le comunica a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., que 'por motivos exhaustivos de cóstos, no nos es posible hacer alguna

modificación en las tarifas propuestas..."; C-3) Aunque mediante comunicación del 10 de junio de 1981, números 302344 773, Servinco Bogotá Ltda., contesta el Oficio número S-300767, antes citado, que lo invita a licitar, en el sentido de que la Junta Directiva de la entidad no la autorizó para *licitar*... 'dadas las condiciones contractuales que imperan para esta contratación de servicios por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarilado de Bogotá, D. E.', al día siguiente, curiosamente en razón de las gestiones que con ellos adelantó la señora Nora Salazar de Zuluaga y Servinco Bogotá Ltda., presenta mediante Oficio número 11 (junio 11 de 1981) una cotización para prestar los servicios de vigilancia por la suma de $ 3.348.429.oo, ligeramente inferior en precio a las propuestas anteriores de SOCOVIG, pero Servinco Bogotá Ltda., impone a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S. A., *unas condiciones que nunca antes* había aceptado esta empresa en el sentido de 'que no habrá lugar a retención alguna de los valores que se facturen mensualmente por la prestación de estos servicios', cuando lo cierto es que todas las licitaciones y en todos los contratos de vigilancia celebrados con anterioridad se había impuesto por dicha empresa 'a los contratistas de la vigilancia' una retención del 5% del valor de cada una de las cuentas, como garantía por las eventualidades pérdidas, ocasionada por robos y/o hurtos, de los elementos u objetos que se encuentran en todas y cada una de las dependencias al cuidado de la firma contratista de la vigilancia..." (Cláusula Décima del Contrato).

"Más curioso aún es el hecho, que en la misma fecha junio 11 de 1981, Servinco Bogotá Ltda. envía otra cotización con el mismo número 111 de la anterior, por la cantidad de $ 3.310.429.oo;

"d) El mismo día en que Servinco Bogotá Ltda. envía las dos (2) cotizaciones números 111 (junio 11 de 1981), por la suma de $ 3.348.429 y $ 3.310.429 la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., a una velocidad realmente sorprendente, autoriza la contratación directa de los servicios de vigilancia con dicha forma.

"Como hecho curioso observo que la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., aparentemente autorizó la contratación directa de los servicios de vigilancia con la sociedad Servinco Bogotá Ltda., en su sesión del 11 de junio de 1981, Acta número 1955, por dos valores totalmente diferentes, uno por la suma de $ 40.141.148.oo que corresponde a la cotización que hizo Servinco Bogotá Ltda. con base en un valor mensual de los servicios de $ 3.348.429.oo por el término de un (1) año, con base en la cotización de $ 3.310.429.oo que también hizo la misma sociedad, según se desprende de los Oficios números JD-308078 y 308078, *bis* ambos de fecha junio de 1981, dirigidos por la señora Nora Salazar de Zuluaga a la Subgerente Administrativa Rosalba Gómez de Martínez.

"Del examen de los documentos antes mencionados, las dos (2) cotizaciones de Servinco Bogotá Ltda., y las dos (2) aparentes aprobaciones de la Junta Directiva por diferentes valores, se desprende que la Junta Directiva aprobó solamente la cotización más alta ($ 3.348.429.oo mensuales), pero como ella era superior a la propuesta de SOCOVIG, se hizo cambiar posteriormente la cotización de Ser-

vinco Bogotá Ltda., entidad que la rebajó a $ 3.310.429.oo y se sustituyó simplemente el Acta de la Junta número 1955, haciendo aparecer que la adjudicación se había hecho por $ 39.725.148.oo. Luego para completar el irregular procedimiento se cambió el Oficio número JD-308078 por otro con igual número y fecha en que aparecía que la adjudicación del contrato se había hecho por la cifra últimamente indicada.

"9º La contratación de los servicios de vigilancia, además de adolecer de las irregularidades atrás anotadas fue autorizada con violación de la ley, porque: a) Habiendo participado SOCOVIG en las dos (2) licitaciones anteriores y estando inscrito en el registro de proponentes, tenía derecho a que se invitara a cotizar o que se tuviera en cuenta su propuesta anterior para la celebración del contrato de vigilancia; b) Aun cuando es cierto que se puede prescindir de la licitación pública o privada, cuando por segunda vez se hubiese declarado desierta una licitación, la norma del Código Fiscal exige además, que tal declaratoria no sea 'por causas imputables a la entidad contratante'. La segunda licitación fue declarada desierta 'por causas imputables' al Acueducto estimar que no se encontraba satisfechos los requisitos del pliego de condiciones de la segunda licitación. Igual cosa puede decirse de la primera licitación, por las razones expuestas en el punto de los hechos de la demanda; c) Si bien la ley autoriza la contratación directa en algunos casos, la administración jamás tiene un poder discrecional para adjudicar el contrato, pues ésta en el proceso de contratación normalmente actúa con fundamento en una competencia reglada y sólo excepcionalmente tiene una facultad discrecional. Por consiguiente, en el presente caso no podía la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., 'celebrar el contrato por una suma superior a la fijada en la propuesta de menor valor', pero es obvio que la comparación de propuestas debía hacerse sobre la base de ofertas solicitadas a personas inscritas en el registro de proponentes y sin dirigir naturalmente el valor de las mismas, porque ello va contra el principio de la igualdad de oportunidades de los oferentes que desean contratar con la administración. De otra parte, si fracazó la licitación pública no era del caso proceder a la adjudicación directa, sino que ha debido verificarse la licitación privada; d) La propuesta de SOCOVIG por la suma de $ 3.314.031.oo mensuales, y un costo a dos (2) años, por $ 79.536.744.oo seguía siendo la más favorable que la de Servinco Bogotá Ltda. de $ 3.310.429.oo mensuales y a un costo a un (1) año de $ 39.725.148.oo por cuanto mantenía el valor del servicio por dos (2) años, si se tiene en cuenta que la devaluación monetaria es por lo menos del 25% anual.

"10. El contrato entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., y la sociedad Servinco Bogotá Ltda., igualmente se encuentra afectado de nulidad por la existencia de las irregularidades a que antes se hizo alusión, que según la ley configuran causales de nulidad absoluta y relativa.

"11. La empresa que represento ha sufrido ingentes perjuicios de orden materal, en razón de la no adjudicación del contrato para la prestación del servicio de vigilancia en las diferentes dependencias de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., que se concretan así: 'El valor del lucro cesante, consistente en la ganancia o provecho que para la sociedad por mí representada se derivaba de

la ejecución del referido contrato y que dejó de percibir, los costos que tuvo que sufragar por concepto de la compra de pliegos, y constitución de garantías para poder licitar; el valor de las indemnizaciones que tuvo que reconocer al personal que tenía disponible para la ejecución del contrato y que hubo de despedir y finalmente, la pérdida de prestigio que para SOCOVIG significó no continuar prestando el servicio de vigilancia en las dependencias de la referida empresa, pues precisamente el hecho de tenerla entre sus clientes era motivo de buen crédito y por consiguiente le permitía atraer clientela. Como lo expresé en las pretensiones de esta demanda, el valor de los perjuicios materiales asciende a la suma de siete millones de pesos ($ 7.000.000.oo)'.

"Cita como normas violadas los artículos 246, 257, 261 a 267, 271 a 273, 275 y 500 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, adoptado mediante el Acuerdo número 9 de 1976 y modificado según los Acuerdos 7 de 1977 y 8 de 1980, expedidos por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá con la carga de dar el concepto de la violación.

"La demanda fue admitida por el Tribunal. El auto admisorio se notificó en forma legal al representante de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., al representante de Servinco Bogotá Ltda. y al señor Agente del Ministerio Público. Se practicaron la mayoría de las pruebas pedidas y decretadas. Dentro del término para alegar presentaron sus correspondientes escritos, al señor apoderado de la parte actora y de la empresa demandada. El señor Agente del Ministerio Público emitió su concepto de fondo, en el cual considera que debe negarse las súplicas de la demanda.

"Llegado el momento de resolver, a ello se procede, con apoyo en las siguientes

"Consideraciones:

"La Fiscalía 2ª de la Corporación a cargo de la doctora Martha Betancur de Eissner, en concepto de fondo expone lo siguiente:

"1º Dice el señor apoderado de la actora que, la Administración violó el artículo 246 del Código Fiscal de Bogotá, D. E., dicha norma, en su numeral cuarto, dice: 'No podrán *celebrar* por sí o por interpuesta persona *contrato alguno* con las entidades a que se refiere el presente título; 4º 'Quienes no se hallaren inscritos, clasificados y calificados en el registro correspondiente, cuando este título así lo exigiere'. Y el artículo 275 *ibídem*, establece: *Registro de proponentes:* 'Salvo lo que para casos especiales dispongan los reglamentos respectivos, *no se podrá adjudicar o celebrar contratos* con personas naturales o jurídicas que no se hallaren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el registro correspondiente' (Inciso primero. Subraya la Fiscalía).

"Se refiere el actor a que dentro de la lista de las entidades licitantes, concretamente la empresa de vigilancia privada 'SEYCO LTDA.', no se encontraba inscrita en el registro de la empresa demandada. Hasta aquí, el actor tiene razón, pero sucede que en ninguna parte del proceso existe prueba que demuestre que la Empresa de Acueducto y

Alcantarillado de Bogotá, D. E., haya celebrado contrato de vigilancia con la firma 'SEYCO LTDA.'. Una cosa es que la empresa 'SEYCO LTDA.' se haya presentado a la licitación y que hubiese presentado sus propuestas, sin haber inscrito su nombre, y otra cosa bien diferente es que la Administración contratara con ella, caso este último que no ocurrió, pues, de haberse adjudicado el contrato en esta forma, no habría duda alguna de la violación flagrante del precepto legal consagrado en el artículo 246 del Estatuto Fiscal del Distrito Especial de Bogotá. Así las cosas, no puede alegarse violación o mejor nulidad del contrato a que se refiere este juicio. 'SEYCO LTDA.' es una empresa de vigilancia y 'Servinco' aunque con la misma finalidad es otra.

"2º Ahora, en relación con la supuesta violación del artículo 257 del mismo Estatuto Fiscal, encontramos que a folios 114 y siguientes, del cuaderno principal un cuadernillo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., que corresponde a la Licitación Pública número 001 de 1981 y que contiene el *pliego de condiciones* que deben reunir las entidades de la vigilancia privada que aspiren a contratar con la Administración la prestación del servicio de vigilancia.

"Para la contratación de la vigilancia de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., se siguió el procedimiento indicado, para estos casos, en el Ordenamiento Fiscal del Distrito, esto es, mediante licitación pública y así está comprobado plenamente en el expediente (fl. 114-176).

"La Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., al advertir que se acercaba la fecha de vencimiento del contrato de vigilancia suscrito y vigente por la firma 'SOCOVIG S. A.', procedió a la apertura de la licitación y para ello invitó a varias empresas de ese ramo para que se presentaran sus cotizaciones, lo que así ocurrió. Sin embargo, en sesión del día 12 de marzo de 1981, fue declarada desierta esa licitación en vista de que ninguna de las sociedades que se presentaron, ninguna reunía los requisitos exigidos. En esa sesión la Junta Directiva, mediante la facultad conferida en el artículo 271 del Código Fiscal del Distrito, declaró desierta la licitación, autorizó prorrogar el contrato, existente en ese momento, con la empresa 'SOCOVIG', por un término de tres (3) meses, a partir del día 31 de marzo de 1981, e igualmente, abrió una nueva licitación. Como en esta segunda oportunidad, las nuevas empresas de vigilancia que cotizaron tampoco cumplieron con los requisitos del pliego de condiciones, nuevamente la Junta Directiva de la Empresa Estatal declaró desierta esa licitación y autorizó a la Gerencia de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para que contratara directamente, hecho éste que se realizó con la sociedad 'Servinco Ltda.', por ser esta entidad, dentro de las que cotizaron, la que mejor cumplía no sólo con todas las exigencias legales y reglamentarias, a la responsabilidad, sino también a las conveniencias económicas de la Empresa Distrital 'E.A.A.B.'.

"La empresa 'SOCOVIG S. A.' como quedó demostrado en el proceso y aceptado por su propio representante judicial, para la época de la licitación a que se refieren estos autos, no cumplía con los presupuestos legales ni con los señalados en el pliego de condiciones (Ver numerales 2.4. y 2.6. Licitación Pública número 001/81. Folio 116.

Cuaderno principal) y esto impedía, so pena de violar la ley, contratar con ella. A más de la falta de los requisitos mencionados, según lo demuestran los documentos visibles a folios 180 a 195 del cuaderno principal, la citada sociedad 'SOCOVIG', tampoco presentaba la suficiente garantía de responsabilidad en cuanto a su personal de vigilancia.

"No hay pues, la menor duda de que la contratación del servicio de vigilancia suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., y la sociedad 'Servinco Ltda.', y cuestionado dentro de este juicio, se llevó a cabo dentro del término de la ley, siguiendo fielmente los delineamientos para ella indicados y atendiendo las mejores condiciones y garantías para la empresa contratante. El costo del servicio era inferior al consignado en las demás propuestas.

"El señor Lisandro Zorro Monroy, quien es el Revisor Fiscal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., en su testimonio rendido al folio 432 cuaderno principal, dice: "*...en cuanto a la adjudicación directa por parte de la empresa ésto se hizo de acuerdo a las normas establecidas en el Código Fiscal*' (Subraya la Fiscalía). Esta manifestación, rendida, bajo juramento y ante el funcionario del conocimiento, es digna de entero crédito, dada la calidad de las funciones que desempeña el deponente, como que obligadamente tiene que pasar por sus manos para la revisión sobre el cumplimiento de todas y cada una de las disposiciones legales que enmarcan este tipo de contratación, la documentación total que finalmente llevará a la elaboración del respectivo contrato.

"Sirvan, pues, las anteriores consideraciones para solicitar, por parte de este Despacho, al honorable Tribunal, que sean negadas las pretensiones de la demanda, puesto que no se desvirtuó, en manera alguna, la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados".

"Lo expuesto por la Fiscalía corresponde en verdad a la realidad procesal y es suficiente motivación para despachar en forma adversa las súplicas de la demanda. Sin embargo, la Sala agrega lo siguiente:

"A) No tiene razón el señor apoderado de la parte demandada, al proponer la excepción de inepta demanda, por falta del concepto de la violación, pues el demandante, además de invocar las normas de superior jerarquía que considera violadas con los actos acusados, explica de qué manera considera que fueron transgredidas dichas disposiciones, en los apartes del libelo visibles a folios 8 a 11;

"B) La facultad de declarar desierta una licitación, otorgada por el legislador a la administración, constituye sin lugar a dudas uno de los principios básicos que informan la licitación. Y en el ejercicio de esa atribución se palpa una discrecionalidad tal que si bien es cierto no es ilimitada, cuando ella está fundamentada en la inconveniencia, no puede ser controvertida por la vía jurisdiccional. Porque con esa facultad, cuyo ejercicio deja la ley al criterio subjetivo de la administración, se persigue encontrar y obtener el mejor contratista para la prestación del servicio requerido, o para la adquisición de bienes o para la construcción de una obra de interés público.

"El principio de la conveniencia para los 'intereses públicos' que debe orientar toda licitación, se concreta por el legislador en las normas que exige el registro previo de los proponentes; en la obligación de adjudicar al proponente que presente la oferta que se estime más conveniente para los intereses de la entidad contratante; en la autorización que permite declarar desierta la licitación, cuando *a juicio de la entidad*, hubiere inconveniencia en su adjudicación y cuando los intereses de la administración exigen la prescindencia de la licitación o concursos y autoriza la contratación directa;

"C) El artículo 271 del Código Fiscal para el Distrito Especial de Bogotá, autoriza la declaratoria de desierta de la licitación, en otras razones, '...cuando, *a su juicio*, todas las propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante...', 'cuando se hubiere pretermitido algunos de los requisitos exigidos en este Código o en sus normas reglamentarias', 'cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones...'

"Por su parte el 272 del mismo Código, preceptúa que puede prescindirse de la licitación, 'cuando por segunda vez la licitación se hubiere declarado desierta por causa no imputable a la entidad contratante. En este caso no podrá celebrarse el contrato por suma superior a la fijada en la propuesta de menor valor';

"D) En el caso sometido a estudio de la Sala, el trámite seguido para la adjudicación del contrato para la prestación del servicio de vigilancia en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, se cumplió en los siguientes términos:

"1. La honorable Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., en sesión del 12 de marzo de 1981 decalró desierta la licitación DSG-008-80 hecha con el fin de contratar el servicio de vigilancia de las diferentes dependencias de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., debido a que en concepto de la Dirección Jurídica y la Revisoría Fiscal los proponentes no cumplían con los requisitos exigidos; además autorizó prorrogar el contrato vigente son Sociedad Colombiana de Vigilancia SOCOVIG, por un término de tres (3) meses, contados a partir del 31 de marzo de 1981 y autorizó para abrir nueva licitación a fin de contratar los servicios referidos.

"2. Una vez prorrogado el contrato y abierta nueva licitación distinguida con el número DSG-001-80 'para el servicio de vigilancia' se presentaron dos (2) propuestas al cierre de la licitación correspondientes a las firmas Seguridad Superior Ltda. y Sociedad Colombiana de Vigilancia SOCOVIG, las propuestas tenían un valor mensual de $ 3.527.225.oo y $ 3.314.031.oo respectivamente. Estas propuestas fueron objetadas tanto por la Dirección Jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., como por la Revisoría Fiscal así:

"a) Seguridad Superior Ltda., por no presentar listado del personal a emplear en la prestación del servicio y porque la sociedad tenía un término de duración menor de 24 meses, el cual sería inferior a la duración del contrato en caso de autorizarse su contratación por dos (2) años;

"b) Sociedad Colombiana de Vigilancia SOCOVIG no cumplió los requisitos, por cuanto no presentó licencia de funcionamiento expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, con vigencia para el año de 1981.

"Las anteriores objeciones están consignadas en las notas DAJC-757-81, de la Dirección Jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., y RF-778-81, de la Revisoría Fiscal.

"Con base en lo anterior, la honorable Junta Directiva, en su sesión del día 4 de junio de 1981, acordó:

"a) Declarar desierta la Licitación DSG-001-81;

"b) Autorizar la contratación directa del servicio de vigilancia por un valor no superior al presentado en la propuesta de menor valor, esto es, no superior a $ 3.314.031.oo mensuales, valor de la propuesta presentada por la Sociedad Colombiana de Vigilancia SOCOVIG.

"Esta decisión quedó consignada en el Acta número 1954 de la honorable Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E.

"3. El día 11 de junio de 1981, la Secretaría General somete a consideración de la honorable Junta Directiva en el punto del orden del día correspondiente a 'varios' la cotización 111 para prestación del servicio de vigilancia presentada por la firma Servinco Ltda. Bogotá y Cundinamarca por un valor de $ 3.310.429.oo mensual, para un total de $ 39.725.148.oo al año. La Junta Directiva autorizó la contratación directa del servicio de vigilancia a Servinco Ltda. Bogotá, de acuerdo con la cotización presentada, con una vigencia del 11 de junio de 1981 al 30 de julio de 1982.

"4. El día 12 de junio de 1981 la Revisoría Fiscal recibió copia de la Nota JD-308078-81 firmada por la doctora Nora Salazar de Zuluaga, Secretaria General, mediante la cual comunicaba a al doctora Rosalba Gómez de Martínez, Subgerente Administrativo la determinación de la honorable Junta Directiva en el sentido de autorizar la contratación directa del servicio de vigilancia, con la firma Servinco Bogotá Ltda., cotizaba el valor de la prestación mensual del servicio de vigilancia, en un valor global de $ 3.310.429.oo, esta cotización es firmada por Jesús Osorio Gómez, Gerente de Servinco Bogotá Ltda." (Véase informe del Revisor Fiscal, a folio 79 del cuaderno Nº 1).

"Como puede observarse, la Junta Directiva de la empresa demandada cumplió a cabalidad con las normas que regulan la contratación administrativa, y en especial las que autorizan para contratar directamente, por presentarse las circunstancias ya anotadas y que son las traídas por la ley (Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá) para el caso;

"E) Pero es que más que el ejercicio de una facultad discrecional, lo que hizo la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, fue dar cumplimiento a la norma transcrita arriba y que dispone que puede prescindirse de la licitación cuando por segunda vez se hubiere declarado desierta por causa no imputable a la entidad contratante. En el negocio objeto de estudio, se declaró desierta la segunda licitación, como en la primera, por causas imputables sólo a

la empresa aquí demandante, pues no obstante que en los pliegos de condiciones se señaló como requisito para licitar, entre otros, el de tener 'autorización para operar, expedida mediante Resolución del Ministerio de Defensa Nacional y/o de la entidad oficial respectiva', 'Socovic', sólo presentó a la empresa la Resolución número 1333 de mayo 13 de 1981, por medio de la cual le renovó el permiso de funcionamiento, el día 5 de junio de ese año, es decir, un día después de haber sido declarada desierta la licitación, por falta de cumplimiento de los requisitos por parte de los proponentes.

"No sirve de causal exculpativa lo alegado por el demandante de que por estar prorrogado un contrato anterior, la empresa demandada estaba en obligación de exonerar al proponente de ese requisito exigido por el pliego de condiciones.

"Por fuera de lo anterior, se observa que la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, dio también cumplimiento al artículo 272 del Código Fiscal para el Distrito Especial de Bogotá, pues celebró el contrato por suma inferior a la fijada en la propuesta de menor valor".

II

Sustentación del recurso:

En la parte que se estima pertinente el recurrente hace las siguientes consideraciones:

"4. La sentencia recurrida. El Tribunal para negar las pretensiones de la demanda, acoge el concepto fiscal, y sienta las siguientes premisas:

"4.1. El cumplimiento de todas las formalidades legales en todo el trámite de la segunda licitación y en la contratación directa de los servicios de vigilancia.

"4.2. Que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., hizo uso de la facultad discrecional de declarar desierta una licitación que a su juicio consideró inconveniente para sus intereses y que fue SOCOVIG la que dio lugar a ello, por no haber presentado, con su propuesta, la licencia de funcionamiento.

"5. Motivos de inconformidad con la sentencia recurrida. En el presente caso, se discuten básicamente los siguientes aspectos: a) La validez jurídica del acto que declaró desierta la licitación y ordenó la contratación directa de los servicios de vigilancia; b) La validez jurídica del acto que ordenó la contratación directa con Servinco Bogotá Ltda., y c) La validez jurídica, del contrato con Servinco Bogotá Ltda. En el mismo orden en que aparecen planteados los puntos debatidos, procedo a analizarlos, frente a la sentencia impugnada.

"5.1. El acto que declaró desierta la licitación y ordenó la contratación directa de los servicios de vigilancia: El motivo que tuvo la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., para declarar desierta la licitación y ordenar la contratación directa, aparece expuesto claramente en el Acta número 1955 y en las Notas DAJC 757-81 (fls. 174 a 176) y RF 778-81 (fls. 164-165) de la Dirección Jurídica y la

Revisoría Fiscal, respectivamente, en el sentido que SOCOVIG, no acompañó a su propuesta u oferta la licencia para funcionar como empresa de vigilancia. En tal virtud, debe analizarse si esta circunstancia, desde el punto de vista legal, constituía un fundamento serio para adoptar una medida como la declaratoria de desierta de la licitación. El contrato que estuvo vigente entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., y SOCOVIG S. A. vencía el 31 de marzo de 1981. La Junta Directiva, ordenó una prórroga del mismo hasta el 30 de junio de 1981, en tal virtud, se celebró una adición al contrato, con fecha 27 de mayo de 1981 (fl. 6, Cuaderno Nº 2).

"La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., tenía conocimiento de que la licencia de funcionamiento de SOCOVIG, licencia que se otorga anualmente estaba vencida; pero igualmente sabía que se encontraba en trámite su renovación (cuaderno Nº 2, folio 246 y siguientes), pues a su propuesta SOCOVIG acompañó la Resolución número 1316 del 23 de junio de 1980 y la certificación del 4 de mayo de 1981 de la Sección Jurídica de la Policía Nacional, en la cual se expresaba que la actora había cumplido con todos los requisitos para tener derecho a la renovación de la licencia. Con conocimiento de la causa, esto es, que la renovación de la licencia se encontraba en trámite se acordó la prórroga del contrato; por consiguiente, no era lógico que SOCOVIG fuese hábil para contratar mas no para formular una oferta de contrato. La conducta contractual de ambas partes, en el sentido de dar por aceptado que la licencia se encontraba en trámite para su renovación, necesariamente debía tener una significación práctica y jurídica en sus relaciones. Es contrario a la buena fe, el que la empresa demandada aceptase a SOCOVIG como contratante y al mismo tiempo, durante el lapso de la prórroga del contrato, la descalificase como proponente u ofrente. Lo lógico hubiese sido, hacer una adjudicación, condicionada a la obtención de la renovación de la licencia. La situación sujeta a estudio ha sido analizada por la doctrina nacional y extranjera y encaja dentro de lo que se conoce como *defectos o errores subsanables de la oferta.* Al respecto el tratadista Enrique Sayaguez Laso en su obra La Licitación Pública (Acali Editorial Montevideo, 1978, págs. 94 y 95), expresa lo siguiente:

"Las cláusulas del pliego de condiciones constituyen normas de interés general y por lo tanto obligatorias para todos, incluso la propia Administración (supra Nº 72). Es este un principio fundamental de este instituto (supra Nº 43).

"Por esa causa, los licitantes, al redactar sus propuestas, pondrán de su parte el mayor cuidado en excluir todo aquello que se separe de lo establecido en el pliego. Si así no lo hicieran, si no respetasen íntegramente las cláusulas del pliego, sus ofertas no podrían ser consideradas, resolviéndose la adjudicación en función exclusiva de las que estuviesen en condiciones.

"Claro está que si se aplicara este criterio en forma absolutamente estricta, en infinidad de casos habría que rechazar la mayoría y quizás la totalidad de las propuestas, porque en algún detalle no han aceptado las exigencias del pliego, que cumplen debidamente en todo lo demás. Y esto ocurre con tanta más frecuencia cuando más analítico es el pliego de condiciones (supra Nº 74).

"Por eso admítese que cuando el apartamiento de las cláusulas del pliego es sólo en cuestiones de detalle, sin trascendencia, respetándose el pliego en todo lo demás, especialmente en las prescripciones fundamentales, no existe inconveniente para que, si está en primer término, se le declare adjudicatario. Habría, sí, alguna pequeña irregularidad en la adjudicación; pero como es insignificante, de poca importancia, no dará lugar, consecuente con el criterio general sobre el punto (infra Nº 105), a nulidad alguna".

"El anterior criterio es compartido por el tratadista argentino José Roberto Dromi, para quien: 'Los meros defectos formales que no afecten sustancialmente la validez, de la oferta, no provocan su rechazo. Es más, el licitante puede emplazar al oferente para que perentoriamente los subsane bajo apercibimiento de rechazo o desestinación (sic)'. (La licitación pública. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 345).

"A lo dicho puede agregarse que muchos autores sostienen la tesis de que los oferentes o proponentes tienen el derecho a que la entidad licitante les indique cuáles son los defectos subsanables de su oferta, para efecto de que los corrijan, dentro de un plazo prudencial, so pena de que sus ofertas sean desestimadas.

"No toda irregularidad en el procedimiento de licitación constituye nulidad absoluta o relativa. Los artículos 189 y 190 del Decreto 150 de 1976 determinaban taxativamente los eventos en que se presentan nulidades de una u otra clase. La posible adjudicación del contrato a SOCOVIG, por la empresa demandada no obstante el defecto no sustancial de su oferta, subsanado con la certificación que se acompañó, con la cual acreditó que la renovación de la licencia se hallaba en trámite; con la celebración de la adición al contrato, vigente entre las partes, y con la presentación posterior de dicha licencia, no daba lugar a generar nulidad absoluta; si acaso generaba nulidad relativa, susceptible de ser saneada. Es decir, que de haberse adjudicado el contrato por la empresa, la referida irregularidad, hubiese quedado saneada, antes de la celebración del respectivo contrato, pues la adición al contrato, vigente entre las partes, tenía operancia hasta el 30 de junio de 1981 y, por consiguiente, el nuevo contrato debía empezar a regir a partir del 1º de julio de 1981".

El Tribunal en su sentencia dice que la empresa demandada podía, a su juicio, declarar desierta la licitación y cree ver en ello una facultad eminentemente discrecional de la administración. En primer lugar, observo, como lo ha sostenido el Consejo, que los procedimientos para la adjudicación, desestimación de ofertas de contratistas o celebración de contratos, constituyen competencias regladas. Así en sentencia del 20 de junio de 1983 de la cual fue ponente el doctor Carlos Betancourt (sic) Jaramillo (Expediente Nº 3355. Actor: Narqui Ltda.), dijo el Consejo: "La decisión sobre la adjudicación de un contrato administrativo no es propiamente discrecional como lo ha dicho en varias oportunidades esta misma Sala sino reglada, vale decir, ajustada a una serie de factores tanto objetivos como personales o subjetivos que deben pesar razonablemente en toda selección y que tendrán que estar fundados en elementos de convicción que obren dentro del expediente.

"Por eso mismo se ha dicho que juegan en toda selección, además de ciertos factores reales (los que ordinariamente califica previamente el Comité Asesor) vbgr. la concordancia o no entre la propuesta y el pliego de condiciones en torno al precio y al plazo, otros no menos importantes que se relacionan con la persona del proponente: Su experiencia profesional y su seriedad, sus antecedentes en la ejecución de contratos similares, su capacidad operativa, su buen nombre profesional y comercial, la idoneidad de sus colaboradores, sus socios copartícipes, el hecho de no haber sufrido sanciones anteriores como la de caducidad, etc.

"Estos últimos factores, cuando no se detectan errores en el concepto del Comité Asesor, son lo que permiten muchas veces que el órgano competente adjudique siguiendo un orden diferente al propuesto por aquél.

"El estudio aunado de los diferentes factores le permitirá al adjudicante emitir un juicio sobre 'la propuesta más conveniente'. Esta es una noción jurídica de las conocidas en la doctrina como vaga, ya que carece de definición legal, y que permite a la Administración que la aplica su interpretación que aunque deja entrever cierto grado de discrecionalidad en la valoración (de antemano y formalmente no se sabe cuál es la propuesta más conveniente) es reglada en el fondo porque tendrá que apoyarse en todos los factores o criterios señalados en el ordenamiento y no en los que quiera caprichosamente evaluar".

"Además, si se trata de una competencia discrecional, ella no sería arbitraria, pues aún el evento en que la administración utilice una competencia discrecional está sometida a limitantes. Al respecto el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez, en su obra Derecho Administrativo, Tomo I, Edición Librería del Profesional, página 33, expresó lo siguiente:

"La discrecionalidad administrativa tiene principios reguladores, o límites: a) Para Sayagues Laso (36) una primera limitación de carácter general, 'surge del fin de que debe presidir toda actividad administrativa. Los poderes discrecionales no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales, sino por motivos de interés público, es decir, por razones atinentes al servicio. Por lo tanto, si media un fin extraño, el acto es ilícito y cabe su anulación jurisdiccional'; b) Otro límite, muy discutido, es el referente a la 'determinación de los hechos' que generan o provocan la decisión, la cual debe estar en consonancia con ellos; c) De igual manera se habla del límite de la calificación legal de la Administración debe dar, forzosamente, a los hechos probados, calificación predeterminada en la ley.

"Una vez establecidos los hechos y calificados legalmente, la Administración entra a considerar si debe o no actuar y, en caso afirmativo, cuáles medidas adoptará. 'Este es el ámbito legítimo de la discrecionalidad administrativa', agrega el mismo autor. Es, pues, el poder discrecional, añade, 'una facultad de libre apreciación sobre la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa'.

"En el caso *sub júdice* la empresa demandada no podría, de plano, sin requerir a SOCOVIG, desestimar su oferta porque:

"a) Entre las partes se venía ejecutando la adición de un contrato, que tenía objeto idéntico al de la licitación declarada desierta;

"b) La empresa demandada tenía pleno conocimiento de que la licencia de funcionamiento de SOCOVIG, estaba en trámite de renovación. Es más, se acompañó una certificación en este sentido;

"c) Al día siguiente de haberse declarado desierta la licitación, y cuando aún no se había comunicado esta decisión a SOCOVIG, se acompañó copia de la resolución de renovación de la licencia, que es de fecha muy anterior. Considero, que esta conducta de SOCOVIG, imponía a la demandada la obligación de reconsiderar su decisión de declarar desierta la licitación. Sobre todo, cuando la renovación era por todo el año de 1981, y el Ministerio de Defensa en manera alguna impidió que la actora continuara operando como empresa de vigilancia, cuestión ésta indicativa de que tácitamente le reconocía el derecho a la renovación de la licencia;

d) Dadas las circunstancias narradas, SOCOVIG tenía el derecho a que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., le indicase, cuales eran los defectos subsanables de su oferta, y a que señalara un plazo prudencial para presentar la licencia renovada.

"Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la determinación de la empresa al declarar desierta la licitación es ilegal, como también lo es, la decisión de contratar directamente los servicios de vigilancia.

"5.2. La contratación directa con Servinco Bogotá Ltda. El Tribunal, pasando por alto las numerosas irregularidades e inmoralidades que precedieron a la contratación directa de los servicios de vigilancia, consideró que la adjudicación directa del contrato para la prestación del servicio de vigilancia y el contrato mismo, se ajusta a la ley. Olvidó el Tribunal que dentro del expediente quedaron demostrados los siguientes hechos constitutivos de irregularidades graves que afectan la validez de los respectivos actos y del contrato:

"a) Dentro del trámite de la contratación directa, se solicitó oferta o propuesta a SEYCO LTDA., que no estaba inscrita en el registro de proponentes, en cambio, no se pidió cotización a otras empresas inscritas en el registro de proponentes;

"b) La Secretaría General de la empresa demandada solicitó tanto a SEYCO LTDA. como a Servinco rebajar sus ofertas para colocarlas por debajo de la propuesta de SOCOVIG (declaraciones de Jesús Osorio Gómez, folios 359 a 365 y Jorge Pinzón, folio 416; documentos folios 82 a 101 y 337 a 345 y Oficio 340148, Secretaría General del Acueducto);

"c) En un mismo día Servinco presentó dos (2) cotizaciones por dos precios diferentes. Ambas fueron aprobadas (Declaración de Jesús Osorio Gómez, documentos folios 82 a 101, 337 a 345, 450 y 451, Inspección Judicial folio 442);

"d) Se dieron a Servinco unas ventajas contractuales que rompían la tradición en materia contractual, dentro de la empresa demandada, al eximir a Servinco de garantías por pérdida de elementos y por

la buena prestación del servicio (Declaración de Jesús Osorio Gómez, cotización prestación servicios y contrato celebrado con Servinco Bogotá Ltda.).

"Las irregularidades antes descritas, ponen de manifiesto un deseo de la Secretaría General de la empresa de dar un trato de favor a Servinco para adjudicarle el contrato a toda costa, como efectivamente sucedió, en contra de los intereses de SOCOVIG".

III

Alegato presentado por el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá:

Obra a folios 521 y siguientes del cuaderno número 1 pero se limita a transcribir la *causa petendi*, el *petitum* y apartes fundamentales de la sentencia sin agregar ninguna valoración jurídica nueva para la mejor comprensión del asunto.

IV

Vista fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su vista fiscal visible a folios 533 y 534 del cuaderno número uno, precisa:

"Tenemos pues que el recurrente no niega el hecho de que la proponente carecía de permiso de funcionamiento, pero a su juicio la falta del anterior requisito no ha debido tenerlo en cuenta la administración para declarar desierta la licitación. Pretender lo anterior es tanto como exigir que la administración viole ella misma las disposiciones sobre contratación y que no cumpla con las especificaciones por ella misma consignadas en el pliego de licitación que muy claramente estipuló ese requisito. Véase al folio 116 el punto 2.6. que dice: 'Autorización para operar, expedida mediante Resolución del Ministerio de Defensa Nacional y/o de la entidad oficial respectiva'.

"Precisamente las exigencias que se hacen en un pliego de licitación son para cumplirlas y ellas obligan tanto a la administración como a los oferentes. Pretender como lo quiere la sociedad actora un trato diferente y preferencial por el hecho de ser contratista, es cuestión que rompe el equilibrio que debe existir entre todos los proponentes y que obviamente no podía hacer la administración.

"Debe destacarse también que a folios 177 y siguientes cuaderno principal, aparecen unos oficios dirigidos por funcionarios de la empresa oficial a la sociedad SOCOVIG durante la ejecución del contrato, que denotan la deficiencia del servicio de vigilancia, lo que muy seguramente influyó desfavorablemente en la administración para no contratar directamente con la mencionada sociedad.

"Respecto a los cargos del contrato, ellos fueron suficientemente analizados en la sentencia apelada y niguno alcanza a ser causal de nulidad.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público solicita a la honorable Sala se confirme el fallo apelado".

V

Consideraciones de la Sala:

A) Como la sentencia impugnada será revocada, por las razones de naturaleza jurídica que en ella se indican, se impone el estudio previo de la excepción de *ineptitud sustantiva de la demanda* que el apoderado de la parte demandada propuso en el escrito visible a folios 106 y siguientes del cuaderno número 1, Sección 2ª y que sustentó en lo pertinente así:

"En el caso que nos ocupa, el actor invoca una serie de normas, como presuntamente violadas, sin cumplir con el presupuesto procesal, de sustentar *'el concepto de la transgresión de los actos acusados'*, solamente se limita a narrar hechos y apreciaciones subjetivos dándole su propia interpretación al tenor literal de las normas que en nada corresponden al contenido de las mismas.

"A manera de ejemplo citamos apartes del Título *normas violadas* y concepto de la violación, al folio 8, donde dice: 'Las normas de los artículos 246, numeral 4 y 275 fueron violadas en atención a que para la adjudicación directa del contrato de vigilancia se pidió cotización a la firma SEYCO LTDA., que no se encontraba inscrita en el registro de proponentes. Igualmente fueron transgredidas en desarrollo de las actuaciones administrativas surtidas a raíz de los procesos de licitación y de la adjudicación directa del contrato, las restantes disposiciones que se han dejado relacionadas, en razón de los siguientes conceptos de violación'.

"La norma citada como presuntamente violada, por sustracción de materia no pudo ser transgredida por los actos administrativos acusados, considerando que la empresa no celebró contrato alguno con la firma SEYCO LTDA., siendo que la prohibición está dada para *contratar* (Subrayo) y no para solicitar cotizaciones.

"Cita igualmente como presuntamente violadas las siguientes normas: 262, 264, 265, 266 y 267 del Código Fiscal del Distrito, argumentando que se omitió la licitación privada, afirmación que no tiene sentido por cuanto el mismo artículo 272 citado por él, faculta a la entidad en su numeral tercero para contratar directamente sin necesidad de licitación ni pública ni privada en los casos en que se hubiere declarado desierta la licitación por segunda vez.

"Relaciona, igualmente el actor el Decreto 150 de 1976, como norma supuestamente transgredida por los actos impugnados desconociendo que el ámbito de aplicación del Decreto mencionado cobija exclusivamente a las entidades de orden nacional (artículo primero).

"También argumenta el actor que la empresa contrató con Servinco Bogotá Ltda., por precio superior a la cotización más baja presentada en el curso de la licitación que era precisamente la de SOCOVIG, pero al hacer esta afirmación se limita a plantear situaciones ambiguas, para llegar a concluir que la propuesta de SOCOVIG estaba por encima de la de Servinco Bogotá Ltda., la primera era de $ 3.314.031.oo *y se contrató* por $ 3.310.429.oo moneda corriente (subrayo).

"Así las cosas, el concepto de la violación como presupuesto no está dado en la demanda en la forma exigida por la ley y la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, toda vez que el actor simplemente narra resentimientos *anfibiológicos* originados en la no adjudicación del contrato.

"El honorable Consejo de Estado, sostiene en sentencia del 26 de julio de 1963, TLXVI, números 401 y 402, página 153: 'Toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa debe expresar no sólo las disposiciones que se estiman violadas sino también el concepto de la transgresión en que han incurrido el acto o actos acusados, porque dentro del sistema contencioso los actos cuya nulidad se impetra no pueden ser anulados por conceptos distintos a los invocados por el propio demandante. Este requisito no es, pues, intrascendente, sino una formalidad esencial para que la demanda pueda prosperar, porque sin él, el Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo de la litis. Tal la razón para que cuando la demanda carece de esa formalidad no pueda ni deba ser admitida, evitándose así la tramitación de un juicio que forzosamente habrá de conducir al reconocimiento en la sentencia de la excepción de ineptitud de la demanda' (Auto, 12 de abril de 1962, T. LXIV, números 397-398, pág. 351)".

Para la Sala la excepción no está llamada a prosperar porque encuentra que el actor hizo una fundamentación razonable en derecho con lo cual se dio estricta aplicación a lo preceptuado en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. En la literatura jurídica que se recoge sobre el particular en la demanda se expresan no sólo las normas que se estiman violadas sino que se precisa el alcance y el sentido de la infracción. Que esta valoración jurídica sea acertada en todos sus aspectos es precisión jurídica que no exige la ley. En esta materia vale la pena recordar que el punto de vista desde el cual se contempla algo por alguien bien puede no ser objetivo no obstante ser esto lo apetecible. La valoración jurídica que frente a especiales circunstancias hacen los apoderados de las partes o la judicial, implican necesariamente el análisis del conjunto de posibilidades que la interpretación de toda normatividad conlleva, lo que implica que el intérprete se decida por una de ellas, sin que pueda censurársele porque su punto de vista no coincida con el de otros.

B) Un análisis minucioso de la conducta de las partes dentro del proceso de licitación lleva a la Sala a revocar la providencia impugnada, pues la valoración fáctica y jurídica que hizo el *a quo* no la comparte el *ad quem*, por las siguientes razones:

Primera. De la lectura del Acta número 1954 correspondiente a la sesión de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantari-

llado de Bogotá, que tuvo lugar el cuatro (4) de junio de mil novecientos ochenta y uno (1981), visible al folio 23 del cuaderno número 1, Sección 2ª se desprende que la "...Licitación DSG-001-81 se abrió el 6 de abril de 1981 y se cerró el 6 de mayo de 1981, presentando propuestas Seguridad Superior y SOCOVIG" sin que ninguna de las dos firmas cumpliera con "...con las condiciones exigidas en los pliegos: SOCOVIG por cuanto no presentó la autorización para operar que expide el Ministerio de Defensa y Seguridad Superior, por cuanto no relacionó el personal a emplear en la prestación del servicio...Con fundamento en lo expuesto por la Subgerente Administrativa, la Junta, acordó:

"a) Declarar desierta, por segunda vez, la Licitación Pública DSG-001-81 para el servicio de vigilancia en las diferentes dependencias de la E.A.A.B., y

"b) Autorizar la contratación directa de dichos servicios, teniendo en cuenta que no podrá celebrarse el contrato por suma superior a la fijada en la propuesta de menor valor, conforme a lo dispuesto en el Código Fiscal".

Para la Sala la valoración de las circunstancias del caso que hizo la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no es de recibo pues fácilmente se aprecia que la determinación de declarar desierta la licitación obedeció a un criterio de tradicional automatismo en el manejo del procedimiento precontractual administrativo. Dentro del proceso quedó claramente demostrado que la firma SOCOVIG había presentado en el momento oportuno su solicitud de renovación de la licencia de funcionamiento. Así lo certificó el Jefe de la Sección Jurídica de la Policía Nacional ante el Ministerio de Defensa Nacional, en nota visible al folio 248 del cuaderno número 2.

En ella se lee:

"Que la empresa de vigilancia privada 'Sociedad Colombiana de Vigilancia SOCOVIG S. A.', cuya sede principal funciona en la ciudad de Bogotá y es representada por el señor Brigadier General (r) Luis Alfredo Rubio Parra, ha presentado a esta Sección la documentación exigida para la renovación de la licencia de funcionamiento para la vigencia del año en curso, la cual se halla ajustada a las normas que rigen sobre el particular. La presente constancia se expide a solicitud del interesado, en Bogotá D. E., a los cuatro días del mes de mayo de 1981. Atentamente. Mayor Mario Antonio Hurtado Salamanca. Jefe Sección Jurídica Policía Nacional". Así las cosas, un manejo del asunto con la lógica de lo razonable, ha debido permitir al licitante concluir que el aspecto que se invocó como apartamiento del pliego de condiciones no era sustancial, ni determinante, sino de simple trámite o espera corta en el tiempo, circunstancias todas que han debido llevarlo a no concluir con la rigidez con que lo hizo, que la propuesta de SOCOVIG no cumplía con los requisitos enlistados en el mismo. En esta materia la doctrina se inclina por un manejo flexible de las situaciones para no hacer nugatorio el derecho que tiene a la adjudicación quien ha presentado una buena oferta, sólo cuestionable por simples detalles. Esto explica que Eduardo García de Enterría enseñe sobre el particular: "...hay que tener presente, sin embargo, como ha observado la sentencia de 22 de noviembre de 1973 que 'no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango, ni su falta

por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida...' " (Concurso de Derecho Administrativo. Tomo 1. Cuarta Edición. Civitas, pág. 657). Con la misma filosofía discurre Enrique Sayaguez Laso, quien en su obra Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Montevideo. Cuarta Edición, página 564, predica: "Pero si el apartamiento del pliego fuera sólo en cuestiones de detalle, la oferta podría ser considerada". "La cita que el apoderado de la parte actora hace del pensamiento de este mismo tratadista, tomada de su obra La Licitación Pública, también es de recibo pues sirve para integrar la valoración jurídica del caso. En ella se anota:

"Las cláusulas del pliego de condiciones constituyen normas de interés general y por lo tanto obligatorias para todos, incluso la propia administración (supra Nº 72). Es este un principio fundamental de este instituto (supra Nº 43).

"Por esa causa, los licitantes, al redactar sus propuestas, pondrán de su parte el mayor cuidado en excluir todo aquello que se separe de lo establecido en el pliego. Si así no lo hicieran, si no respetasen íntegramente las cláusulas del pliego, sus ofertas no podrían ser consideradas, resolviéndose la adjudicación en función exclusiva de las que estuviesen en condiciones.

"Claro está que si se aplicara este criterio en forma absolutamente estricta, en infinidad de casos habría que rechazar la mayoría y quizás la totalidad de las propuestas, porque en algún detalle no han aceptado las exigencias del pliego, que cumplen debidamente en todo lo demás. Y esto ocurre con tanta más frecuencia cuando más analítico es el pliego de condiciones (Supra Nº 74). (Subrayado de la Sala).

"Por eso admítese que cuando el apartamiento de las cláusulas del pliego es sólo en cuestiones de detalle, sin trascendencia, respetándose el pliego en todo lo demás, especialmente en las prescripciones fundamentales, no existe inconveniente para que, si está en primer término, se le declare adjudicatario. *Habría, sí, alguna pequeña irregularidad en la adjudicación; pero como es insignificante, de poca importancia, no dará lugar, consecuente con el criterio general sobre el punto (infra Nº 105) a nulidad alguna".*

Dentro del mismo marco de comprensión jurídica el procurador judicial de la parte demandante recuerda que, también José Roberto Dromi afirma: "Los meros defectos formales que no afecten sustancialmente la validez, de la oferta, no provocan su rechazo. Es más, el licitante puede emplazar al oferente para que perentoriamente los subsane bajo apercibimiento de rechazo o desestimación (sic)". (La Licitación Pública. Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 345).

Segunda. En casos como el presente todo el acervo probatorio lleva al sentenciador a pergeñar la sentencia haciendo también un análisis de conducta de las partes vinculadas dentro del proceso. Por algo se ha enseñado que más que la ley, es la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva, la que se interpreta.

Dentro de esta orientación la Sala no encuentra razonable que la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bo-

gotá, haya autorizado el 26 de marzo de 1981 (Acta Nº 1946, fl. 447, cuaderno Nº 1) la prórroga por tres meses del contrato que tenía suscrito con SOCOVIG, esto es, hasta el treinta (30) de junio de 1981, cuando en ese momento también estaba vencida la licencia para operar de la firma demandante y en cambio se haya mostrado inflexible para hacer la adjudicación alegando tal vacío no obstante que se demostró que la solicitud de renovación se había hecho ante la autoridad competente, y que estaba "*...ajustada a las normas que rigen sobre el particular...*" Inexplicable para el sentenciador que el manejo de la adjudicación directa, y su presentación ante la Junta de la entidad demandada, se hubiese sacado de las manos de la doctora María Rosalba Gómez Galán, Subgerente de la misma, quien tradicionalmente era la encargada de tal misión, para confiarla, en el caso en comento, a la doctora Nora Salazar, Secretaria General de la empresa. Que esto ocurrió así se desprende del testimonio de la primera, visible a folios 416 y siguientes del cuaderno número 1. Allí, en lo pertinente se lee:

"Me consta a título personal, lo siguiente: Que la presentación a la Junta Directiva y todos los trámites relacionados con la adjudicación del contrato, fueron gestionados en su totalidad por la doctora Nora Salazar de Zuluaga Secretaria General de la Empresa de Acueducto en ese entonces, *hasta el extremo que la presentación a la Junta de los licitantes que usualmente es llevado por la Subgerente Administrativa a mi cargo, fue presentado directamente por ella '...Preguntado:* Sírvase decir, ¿por qué razón especial, el manejo de la adjudicación directa del contrato para los servicios de vigilancia fue asumido directamente por la doctora Nora Salazar de Zuluaga y no por usted, según correspondía de acuerdo con sus funciones? *Contestó:* No tengo la razón que justifique ese hecho. Recuerdo la noche de la adjudicación y el sitio que fue la Alcaldía de Bogotá, *yo concurrí para hacer la presentación del punto atinente a la administración de los servicios de vigilancia pero no se me permitió entrar a tocar el punto, esa noche se nos informó que la Junta había terminado y al día siguiente me enteré que se había hecho la adjudicación'*. Quien así depone es ni más ni menos que la Subgerente de la entidad demandada en el momento en que rinde testimonio, con un nivel cultural alto, pues es abogada de profesión. Estas circunstancias, unidas a la forma como ilustra con su declaración, dando razón de circunstancias de modo, tiempo y lugar, llevan a la Sala a darle entero crédito a todo lo narrado por ella. Por si lo anterior fuera poco, a folios 421 y siguientes del mismo cuaderno aparece la declaración rendida por el señor Jesús María Díaz Rosas, quien desempeñaba el cargo de Director de Servicios Generales en el momento en que se declaró desierta la segunda licitación. Este declarante también arroja luces para un análisis de conducta orientado a descubrir todos los pasos sutiles que la administración de la entidad demandada dio, en el momento oportuno, para sacar del juego de la licitación a la firma SOCOVIG. En lo pertinente de la declaración se dice:

"La presentación a la Junta Directiva le correspondía a la Subgerente Administrativa *y en el caso de que esta oficina lo considerara conveniente debía de ser presentado por la oficina a mi cargo.* La Gerente encargada en ese entonces doctora Nora Salazar de Zuluaga,

encargó al Jefe de la Oficina Jurídica, 'para que hiciera la presentación ante la Junta Directiva, oficina que desde ese momento asumió toda la responsabilidad de presentar ante la Junta y demás trámites que se llevaron a cabo en esta licitación' (subrayado de la Sala). A este testimonio la Sala le reconoce plena eficacia probatoria pues lo expuesto por el declarante está dentro de los límites de la prueba. Además, se da la verosimilitud de los hechos respecto de los cuales depuso y la manera como ellos fueron conocidos por él lleva al sentenciador a darle credibilidad. Llama la atención sí, que este funcionario fue destituido en el mes de agosto de 1981, como él mismo lo manifestó '...sin que hasta la fecha haya podido establecer las causas o motivos por las cuales fui declarado insubsistente ya que en mi hoja de vida no reposa absolutamente nada en mi contra que haya motivado esa determinación' (fl. 424, cuaderno Nº 1). Prosiguiendo con el análisis de conducta de las partes, está debidamente demostrado que SOCOVIG cotizó el servicio de vigilancia solictiado a un costo de tres millones trescientos catorce mil treinta y un pesos mensuales ($ 3.314.031.oo), como se desprende del Anexo Nº 1 de la misma (cuaderno Nº 2, fl. 217), y Servinco Ltda. suscribió el contrato respectivo, mediante la contratación directa, por tres millones trescientos diez mil cuatrocientos veintinueve pesos ($ 3.310.429.oo) también mensuales, como fluye de la lectura del contrato que obra a folios 30 y siguientes del cuaderno Nº 2. Pero para llegar a este resultado fue indispensable que mediante la puesta en marcha de un comportamiento, no explicado dentro del proceso, la firma Servinco cursara a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, a la atención de la doctora Nora Salazar de Zuluaga, dos comunicaciones el mismo día, esto es, el 11 de junio de 1981 y con el mismo número, el 111, pero con distintos precios, pues la que aparece al folio 350 del cuaderno número 1, tiene un costo mensual de tres millones trescientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos veintinueve pesos ($ 3.349.429.oo), esto es, treinta y cuatro mil trescientos noventa y ocho pesos ($ 34.398.oo) mensuales más onerosa que la de SOCOVIG; y la que obra al folio 352 del mismo cuaderno monta tres millones trescientos diez mil cuatrocientos veintinueve pesos ($ 3.310.429.oo), también mensuales, la cual resultó ser más baja que la presentada por la sociedad demandante, en sólo tres mil seiscientos dos pesos ($ 3.602.oo). Al ser interrogado el señor Jesús Osorio Gómez, Gerente de Servinco, para que explicara la causa, motivo o razón de las dos notas con precios distintos en la misma fecha dijo: *Preguntado.* ¿Sírvase explicar por qué razón, un mismo día once de junio de 1981, y bajo un mismo número 111, se enviaron a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado dos cotizaciones por los valores antes indicados y que son esencialmente diferentes, es decir, por el valor de tres millones trescientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos veintinueve pesos y tres millones trescientos diez mil cuatrocientos veintinueve pesos? *Contestó:* El motivo quizá sea la reducción del costo como se ve en los dos oficios que hay una reducción de costo y que fue el valor que finalmente quedó en el contrato, el aspecto de numeración si es un asunto de Secretaría que se me escapa en este momento porque no lo manejo directamente" (fl. 362, cuaderno Nº 1). Pero en este particular quedó demostrado que los directivos de la empresa demandada fueron especialmente acuciosos para lograr la finalidad que se habían pro-

puesto, esto es, la de poder contratar en forma directa los servicios. En este aspecto es muy claro el testimonio rendido por el señor Jorge Pinzón Calderon, Gerente de la firma SEYCO LTDA., quien no fue invitado a cotizar dentro de la nueva modalidad puesta en marcha. En lo pertinente del mismo precisó:

> "El día ocho de junio de 1981, recibí el Oficio número S 307766 firmado por doña Nora Salazar de Zuluaga como Secretaria General, y donde me solicitaban una cotización escrita con los valores mensuales y un anexo sobre lugares donde debía prestarse dicho servicio, como en dicha comunicación, me daban plazo para entregar la cotización a más tardar diez de junio a las cuatro p.m. y una vez retirado de la reunión, procedí personalmente a elaborar la cotización solicitada y fue así, como dicha propuesta fue presentada a las 10:20 a.m. del día junio 10 de 1981, en dicha propuesta, estaba toda la información correspondiente a mi compañía, los usuarios y el valor total del servicio requerido que llegaba al monto de tres millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil seiscientos pesos mensuales. El día once de junio de 1981, recibí una comunicación en la cual me solicitaban que sobre el precio de las tarifas propuestas por SEYCO, le hiciera una rebaja de ciento cuarenta y dos mil pesos mensuales. Al preguntar por qué se me solicitaba esta rebaja, fui informado de que el precio que yo debía presentar, tenía que ser igual o inferior a la que estaba cobrando la compañía que en ese momento le prestaba el servicio de seguridad a la Empresa de Acueducto. Hice un estudio completo de mis tarifas y al no parecerme rentable, el mismo día (junio 11 de 1981) dirigí la comunicación G. 102 a la Empresa de Acueducto a la doctora Nora de Zuluaga, informándole que no me era posible, hacer alguna modificación a las tarifas propuestas en nuestro oficio de junio 10 de 1981, no volví a saber nada del Acueducto ni me interesó tampoco que me hubiesen contestado o no contestado, eso es todo lo que me consta en cuanto a ese aspecto".

Tercera. Prosiguiendo con el análisis de conducta, la Sala no encuentra que en el caso en comento se haya dado recta aplicación al artículo 272, numeral 3º del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, pues no puede aceptarse como razonable que una diferencia de sólo tres mil seiscientos dos pesos mensuales ($ 3.602.oo), entre la cotización de SOCOVIG y la de Servinco Bogotá Ltda., pueda dar pie para sostener que se celebró el contrato por suma inferior a la fijada en la propuesta de menor valor, con olvido censurable de que la firma demandante cotizó para dos años, como lo disponía el punto IV del pliego de de condiciones (cuaderno Nº 1, fl. 119), y la beneficiaria del acto jurídico para la prestación de los servicios, por sólo doce meses. Es bien sabido que en estas materias el manejo del plazo, su amplitud o restricción, es aspecto importante y definitorio que juega en todas las operaciones en la vida de los negocios. Este punto de vista es también determinante para apoyar las decisiones que se tomarán en la parte resolutiva de la presente providencia, pues la administración debe manejar estos asuntos con inteligencia y criterio, y no con ceguera conceptual, indicativa sólo de la ineptitud de los funcionarios a quienes se les confían tareas tan delicadas como las relacionadas con la con-

tratación administrativa, o de su marcada tendencia a intentar, por todos los medios a su alcance, el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable. Por este sendero se incurre en fraude a la ley, que como lo enseña Jesús González Pérez, en su obra "El Principio General de la buena fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas S. A.", se presenta "...siempre que se elude la norma realmente aplicable, adoptando la vestidura de una figura jurídica regulada por norma que responde a finalidad distinta, con independencia de que sea o no la conducta que lógicamente cabría esperar de un comportamiento leal y honesto hacia las personas que con nosotros se relacionan...El fraude existe siempre que para eludir la aplicación de una norma se realiza un acto al amparo de otra distinta, persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él" (Obra citada, págs. 24 y 25).

En el caso en comento todo el acervo probatorio que se deja apreciado es demostrativo del interés de la empresa demandada en eludir la normatividad que regula la licitación pública para llegar a las normas de cobertura, esto es, a los artículos 271 y 272 del Código Fiscal del Distrito que, como ya se precisó, preceptúan en qué casos y eventos se puede declarar desierta la licitación. Llegar a este objetivo apasionó a los funcionarios encargados de manejar la licitación y por ese sendero estructuraron en los hechos toda la filosofía que informa el fraude a la ley.

C) En casos como el presente la jurisprudencia de la Corporación ha sido clara en reiterar que: "Si bien es cierto los participantes en una licitación sólo tienen una expectativa, no un derecho adquirido de antemano a su adjudicación, no lo es menos que dentro de las reglas del juego ésta tendrá que hacerse, en forma razonada, al que haya presentado la propuesta más conveniente para los intereses generales de la administración. De allí que cuando se logre demostrar en juicio que esa selección se hizo irregularmente, el vencido titular de la más conveniente a juicio ya del juzgador, deberá ser indemnizado".

Es una sanción para el organismo adjudicante que tiene un fin moralizador y que busca que las adjudicaciones se hagan con toda seriedad e imparcialidad...La decisión sobre adjudicación de un contrato administrativo no es propiamente discrecional...sino, reglada, vale decir, ajustada a una serie de factores tanto objetivos como personales o subjetivos que deben pesar razonablemente en toda selección y que tendrán que estar fundados en elementos de convicción que obren dentro del expediente.

Por eso mismo se ha dicho que juegan en toda selección, además de ciertos factores reales (los que ordinariamente califica previamente el comité asesor) v. gr. la concordancia o no entre la propuesta y el pliego de condiciones en torno al precio *y al plazo, otros no menos importantes que se relacionan con la persona del proponente: Su experiencia profesional y seriedad, sus antecedentes en la ejecución de contratos similares,* su capacidad operativa, su buen nombre profesional y comercial, la idoneidad de sus colaboradores, socios o partícipes, el hecho de no haber sufrido sanciones anteriores como la caducidad, etc. etc. (Subrayado de la Sala).

Estos últimos factores, cuando no se detectan errores en el concepto del comité asesor, son los que permiten muchas veces que el órgano competente adjudique siguiendo un orden diferente al propuesto por aquél.

El estudio aunado de los distintos factores le permitirá al adjudicante emitir un juicio sobre "la propuesta más conveniente". Esta es una noción jurídica de las conocidas en la doctrina como vaga, ya que carece de definición legal, y que permite a la administración que la aplica su interpretación; interpretación que aunque deja entrever cierto grado de discrecionalidad en la valoración (de antemano y formalmente no se sabe cuál es la propuesta más conveniente) "es reglada en el fondo porque tendrá que apoyarse en todos los factores o criterios señalados en el ordenamiento y no en los que quiera caprichosamente evaluar" (Sentencia de junio 20 de 1983. Expediente número 3355. Actor. Marqui Limitada. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo).

Al hacer la valoración de la prueba aportada al proceso, desde el punto de vista jurisprudencial anterior se tiene que la firma demandante tenía experiencia profesional y había prestado bien sus servicios, como que al término del contrato que venía atendiendo, y que había suscrito el 27 de mayo de 1980, su Gerente General recibió el 11 de junio de 1981 la nota suscrita por la Secretaria General de la entidad administrativa demandada en la cual le expresa:

"A nombre del Acueducto deseo expresarle los agradecimientos por los servicios prestados durante el tiempo que la firma que usted representa, tan gentilmente nos brindó su valiosa colaboración" (cuaderno Nº 2, fl. 292). Frente a esta realidad la Sala no puede aceptar la argumentación que hizo el apoderado de la parte demandada en memorial visible a folios 103 y siguientes del cuaderno número 1, Sección 2ª, cuando predica que para su poderdante era inconveniente volver a contratar con SOCOVIG porque en desarrollo del acto jurídico que terminó el 30 de junio de 1981 se presentaron faltantes en las Plantas Perimetrales y en la Central de Operaciones por negligencia en el servicio de vigilancia prestado por la firma demandante. Que igualmente hubo falta de control en la asistencia de los celadores, embriaguez de los guardias en horas de servicio, etc. El manejo de esta doble posición, de felicitación por un lado y de censura por el otro, conduce necesariamente a una conducta contradictoria, máxime cuando no se aportó prueba alguna en el sentido de que la administración hubiese impuesto las sanciones de ley por las supuestas violaciones contractuales. Agrégase a lo anterior que sólo a la hora de nona estos puntos de vista surgen en la controversia, pero no fueron manejados al decidir sobre la no adjudicación del contrato a SOCOVIG. En esta materia debe quedar también muy claro que cuando la administración aduce unas causales o motivos para no hacer la adjudicación a un determinado interesado, no puede después alegar otras no enlistadas en el momento en que tomó la decisión negativa. Aceptar la tesis contraria sería crear inseguridad jurídica y permitir el manejo de estos asuntos con filosofías reñidas con la buena fe que debe informar todas las situaciones y relaciones jurídicas.

D) Dentro del marco que se deja precisado, no cabe duda de que la adjudicación del contrato ha debido hacerse a la firma demandante, y que al no haber ocurrido así, sin causa motivo o razón, se le causó un perjuicio fácil y claramente determinable. En esta materia la Corporación, en jurisprudencia reiterada, ha predicado que el hecho de no obtener la adjudicación a que se tenía derecho produce un perjuicio evidente, "...estimable en lo que se había podido ganar de haber sido favorecida. El perjuicio se presume; en materia contractual éste surge por el solo hecho del incumplimiento" (Ver sentencia de 20 de junio de 1983, en antes citada). En el mismo sentido el fallo de 20 de septiembre de 1976. Expediente número 1844. Actor Hernando Zuluaga M. e Hijos. Consejero ponente doctor Carlos Portocarrero Mutis).

La jurisprudencia anterior se reitera ahora pero con la precisión de que cuando en la minuta de contrato, que se adjunta al pliego de condiciones, se contempla cláusula penal para el evento de que *el contratista* incumpla cualquiera de sus obligaciones, el monto que debe indemnizar la administración por su incumplimiento no puede exceder al fijado en la referida cláusula accesoria. Esto porque ella es, ni más ni menos, que la liquidación convencional y anticipada de los perjuicios. Implica además, la ventaja para el acreedor de que lo libera de la prueba de que la conducta antijurídica de la parte incumplida le ha causado daños, y sobre la naturaleza de éstos. Igualmente, de debates probatorios sobre el monto de los perjuicios y de la prueba de la culpa del deudor, pues el incumplimiento de la obligación principal lleva a presumirla por mandato del artículo 1604 del Código Civil.

Para casos como el presente se impone, pues, una armonización de lo dispuesto en los artículos 36 y 72 del Decreto 222 de 2 de febrero de 1983, con la normatividad consagrada en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil. El artículo 72 del estatuto contractual dispone que "en todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de caducidad o de incumplimiento", con lo cual se está significando por el legislador, ni más ni menos, que en materia administrativa debe quedar consignada claramente la voluntad de las partes de limitar, a la pena la responsabilidad del deudor, conforme a la filosofía del artículo 1616 del Código Civil. En este particular la Sala comparte el enfoque doctrinario que el doctor Guillermo Ospina Fernández hace en su obra "Régimen General de las Obligaciones. Cuarta Edición. Editorial Temis", cuando enseña:

"...importa fijar la atención en el segundo colon de dicho artículo 1600, que le otorga al acreedor, pese a la estipulación penal, opción para acogerse a ésta o para prescindir de ella y exigir la indemnización de los perjuicios, lo que sucedería cuando éstas fueran mayores que el monto de la pena pactada. Esta regla, que data del derecho romano, se suele defender diciendo que la equidad exige que el acreedor insatisfecho resulte siempre ileso, por lo cual, si la estimación convencional es inferior a los perjuicios realmente sufridos por él, aunque la pena le haya sido pagada, tiene derecho a cobrar la diferencia. *Estimamos nosotros que, como la regla en cuestión es de índole meramente supletiva, ella no puede tener aplicación cuando del acto aparezca claramente que la intención de los interesados ha sido la de limitar a la*

pena la responsabilidad del deudor, conforme a la expresa autorización que para el efecto les confiere el artículo 1616 del Código Civil" (Obra citada, pág. 164. Subrayado de la Sala).

Ahora bien: Como el artículo 36 del Decreto 222 sólo contempla la consecuencias jurídicas que deben producirse cuando el incumplido es el adjudicatario, pero nada precisa cuando lo es la administración, nada impide que ese vacío se llene a través de la interpretación judicial, y manejando la lógica de lo razonable, para llegar a la conclusión de que donde hay la misma razón debe existir la misma disposición. Con esto se quiere significar que la administración no podrá ser condenada, en casos como el presente, a pagar más allá de lo que ella le habría podido exigir al adjudicatario incumplido en virtud de la cláusula penal que, como ya se anotó, es de obligatorio cumplimiento.

La solución es de equidad y se orienta a suplir por la vía jurisprudencial las imperfecciones de la ley. Ya lo enseñó en su momento STAMMLER:

"El legislador no puede renunciar, en muchos casos, a formular por sí mismo la norma aplicable, y en interés de la seguridad jurídica se ve obligado a hacerlo, con frecuencia, de un modo imperativo. *Pero, por mucho que se esfuerce en acertar, sus actos llevan siempre el sello de la debilidad inherente a toda obra humana; son siempre, por fuerza, imperfectos"* (El Juez. La Habana, 1941, pág. 117).

En el *sub lite* quedó demostrado que la cláusula penal, de haberse suscrito el contrato con la firma demandante, era del cinco por ciento (5%) del valor del contrato (Cláusula Décima Quinta. Cuaderno Nº 1. Sección 3ª, fl. 137). Igualmente, que el costo de la cotización presentada por SOCOVIG, para los dos años, fue de setenta y nueve millones quinientos treinta y seis mil setecientos cuarenta y cuatro pesos ($ 79.536.744.oo). Dentro de este marco, el monto de la cláusula penal es de tres millones novecientos setenta y seis mil ochocientos treinta y siete pesos con veinte centavos ($ 3.976.837.20). Como por mandato del artículo 1594 del Código Civil la cláusula penal no puede exigirse antes de constituir al deudor en mora, la Sala interpreta que ese momento se dio el día 18 de diciembre de 1981, cuando se notificó la demanda a la parte demandada (cuaderno Nº 1. Sección 3ª, fl. 40).

Como en ésta se impetró la indexación de la condena y el pago de intereses, la Sala así lo dispondrá en la parte resolutiva del presente proveído disponiendo el reconocimiento del interés técnico. Como no obran en el informativo los índices de precios al consumidor, la condena se hará en abstracto, para que ella se liquide a través del incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y siguiendo la siguientes pautas:

Primera. Se tomará la suma de tres millones novecientos setenta y seis mil ochocientos treinta y siete pesos con veinte centavos ($ 3.976.837.20) en la fecha en antes indicada, esto es, el dieciocho (18) de diciembre de 1981, y se actualizará hasta el momento de la liquidación de la condena, teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor.

Segunda. A la suma de tres millones novecientos setenta y seis mil ochocientos treinta y siete pesos con veinte centavos ($ 3.976.837.20), se le reconocerá un interés técnico del seis por ciento anual (6%) a partir del dieciocho (18) de diciembre de 1981 y también hasta el momento de la liquidación.

E) La pretensión orientada a que se declare la nulidad del contrato suscrito por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá con la sociedad Servinco Ltda. será despachada favorablemente pues esta última entidad fue parte en todo momento dentro del proceso y fue la beneficiaria del alcance de los actos administrativos cuya nulidad se dispondrá en la parte resolutiva de la presente providencia. Esta ha sido, igualmente, orientación jurisprudencial de la Corporación, como se lee en fallo de cinco (5) de mayo de mil novecientos setenta y siete (1977) donde se precisa: "...es procedente la anulación del acto de adjudicación por cuanto es cierto que ella fue hecha en forma violatoria de las normas de licitación (los pliegos de cargos) y por ende transgresora de la ley sustantiva, como igualmente es viable la declaratoria de nulidad del contrato celebrado y posteriormente, aunque se haya vencido el plazo fijado, pues es consecuencia de la nulidad de la adjudicación" (Expediente 1422. Actor Wiesner Durán y Cía. Ltda. Ponente doctor Carlos Portocarrero Mutis).

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:

Revócase el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca —Sección Tercera— el día veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) dentro del proceso de la referencia, en que figura como actor la Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A. "SOCOVIG" y como demandada la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y en su lugar se dispone:

Primero. Declárase no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por la parte demandada.

Segundo. Es nulo el acto administrativo contenido en la decisión de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alantarillado de Bogotá, D. E., adoptado en la sesión del cuatro (4) de junio de 1981, Acta número 1954, que declaró desierta la licitación pública número DGS-001/81, para la contratación del servicio de vigilancia de las diferentes dependencias de la empresa, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Tercero. Es nulo el acto administrativo contenido en la decisión de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., adoptado en la sesión del once (11) de junio de 1981, Acta número 1955 mediante la cual se autorizó a la Administración de la empresa demandada a contratar directamente los servicios de vigilancia en las distintas dependencias de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá con la firma "Servinco Bogotá Ltda.".

Cuarto. Declárase la nulidad del contrato celebrado entre la empresa demandada y la sociedad Servinco Bogotá Ltda., para la prestación del servicio de vigilancia en las dependencias de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., que estuvo vigente en el período comprendido entre el primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y uno (1981) y el treinta de junio de mil novecientos ochenta y dos.

Quinto. Como restablecimiento del derecho condénase en abstracto a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., a pagar a la "Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A. SOCOVIG" los perjuicios que se le causaron con la no adjudicación de la licitación, los cuales se liquidarán siguiendo las pautas fijadas en la presente providencia y mediante el incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Sexto. La suma de dinero que resulte de la liquidación de los perjuicios materiales, causará intereses comerciales corrientes, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que los señale, y de ahí en adelante, intereses moratorios (at. 177, inciso final, C. C. A.).

Séptimo. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Octavo. Reconócese personería suficiente para actuar al doctor Segundo Alcides Velandia en los términos del memorial de sustitución que obra al folio 532 del cuaderno número 1.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Con salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta,* Presidente de Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION Y CLAUSULA PENAL (Salvamento de voto).—

No celebración de dicho contrato con el adjudicatario; PERJUICIOS: No es la aplicación de la CLAUSULA PENAL pactada en favor de la administración por el caso de la no celebración del contrato por culpa del adjudicatario, pues, como toda NORMA odiosa, PUNITIVA, es de aplicación restrictiva, no susceptible de aplicación analógica o extensiva.

2º CLAUSULA PENAL EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Naturaleza.

3º ADJUDICACION YA HECHA: Esta se torna irrevocable y obliga por igual a las partes, pero sobre la base de que la administración persista en contratar, pues en tal caso sólo puede hacerlo con el adjudicatario.

4º DESISTIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE LA ADMINISTRACION. Sólo debería, a título de indemnización, los gastos hechos por el licitante vencedor, para intervenir en la licitación.

5º ADJUDICACION A UN LICITANTE DISTINTO AL TITULAR DE LA MEJOR OFERTA.

6º CELEBRACION DEL CONTRATO SEGUIDO DE INCUMPLIMIENTO.

7º REPARACION Y PENA.

a) STIPULATIO POENAE. PECUNIA CERTA;

b) Cláusula penal. Pura o impura en el Derecho Romano, Español, Francés.

Mientras que en el antiguo Derecho Romano y en el Derecho Español antiguo, la "Cláusula Penal" tiene una finalidad puramente compulsiva, en el Código Civil Francés, por obra de POTHIER, dicha cláusula no es otra cosa que la estimación anticipada de la cuantía de los perjuicios por el incumplimiento de la obligación prometida.

8º Cláusula penal en legislaciones gregarias a la francesa, Colombia, Argentina, Uruguay.

9º PRINCIPIO "NOM BIS IN IDEM" EN MATERIA DE CLAUSULA PENAL IMPURA O IMPURA.

10. CLAUSULA PENAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (art. 72 del Decreto-ley 222 de 1983).

La ley consagró la cláusula penal impura o impropia, pero como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados. 11. MULTAS (art. 71 del Decreto-ley 222 de 1983). Ellas siguen

la regla general de la cláusula penal pura, compulsiva o permitiva.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO

Referencia: Expediente número 4694. Actor: Sociedad Colombiana de Vigilancia "SOCOVIG".

Con todo respeto me separo de la decisión anterior, por cuanto, no obstante que comparto los 4 primeros numerales de su parte resolutiva, no estoy de acuerdo con el monto de la condena, la manera de determinarla y la aplicación analógica de la cláusula penal.

Sintéticamente enuncio las razones que respaldan mi disentimiento.

1. Jurídicamente una cosa es la adjudicación de un contrato administrativo y la no celebración de dicho contrato con el adjudicatario, sino con otro. Hay violación de una *"convención"*, aunque no haya aún contrato. Si el responsable es el contratista, debe la suma a que monte la póliza de seriedad. Si es la Administración, debe los perjuicios que se demuestren, aunque, por equidad, su cuantía no debe superar aquella a que estaría obligado el contratista. Pero, obsérvese, no es la aplicación de la cláusula penal pactada en favor de la Administración para el caso de no celebración del contrato por culpa del adjudicatario, pues, como toda norma odiosa, punitiva, es de aplicación restrictiva, no susceptible de aplicación analógica o extensiva.

Entre otras cosas, toda cláusula penal en los contratos administrativos es exorbitante, pues no puede ser pactada sino en favor de la Administración, lo que sería inaceptable en el derecho común frente a contratos conmutativos.

2. Otra cosa es, jurídicamente, el cierre de la adjudicación y la calificación de la misma, con determinación del licitante vencedor seguida de la decisión administrativa de no contratar con nadie, por razones de servicio público, como sería, por ejemplo, la determinación de adelantar la obra o la prestación del servicio por administración directa.

Hecha la adjudicación, ésta se torna irrevocable y obliga por igual a las partes, pero sobre la base de que la Administración persista en contratar, pues en tal caso sólo puede hacerlo con el adjudicatario (art. 35, Decreto-ley 222 de 1983).

No obstante, por los principios de interés general y de servicio público que preside toda decisión y actuación de la Administración, ésta puede decidir desistir del contrato y es el único caso en que sólo debería, a título de indemnización, los gastos hechos por el licitante vencedor para intervenir en la licitación.

3. Otra cosa es el cierre de la licitación con determinación calificada de los licitantes y la adjudicación a uno de los licitantes distinto al titular de la mejor oferta, seguido de la firma del contrato respec-

tivo. Aquí no hay ni siquiera convención con el licitante desairado pues la habría, aunque impugnable, con el adjudicatario. La obligación violada, precontractual, es de hacer.

4. Otra cosa es, jurídicamente, la adjudicación y la celebración del contrato seguidos de su incumplimiento, caso en el cual, la responsabilidad es contractual y si la incumplida es la administración, debe los perjuicios causados y si es el contratista, debe la cláusula penal pactada como "pago parcial" de los perjuicios causados, siempre que realmente se hayan causado.

5. Nótese que son cuatro situaciones jurídicas distintas y que exigen un tratamiento jurídico distinto y adecuado a su naturaleza:

a) La adjudicación del contrato a persona distinta al mejor oferente y la firma con un licitante distinto al titular de la mejor oferta, le entrega a éste la posibilidad de obtener un premio y una indemnización, representadas así:

1º *El premio. La nulidad del contrato.*

"Artículo 6º *"La sanción legal* no es sólo la pena sino también la recompensa: Es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la trasgresión de sus prohibiciones".

"En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos".

2º *La indemnización.* Como tenía derecho, por ser la mejor oferta, a que se le adjudicara la licitación, se ha violado una obligación *precontractual,* se rige por el artículo 1610 del Código Civil, con aplicación del numeral 1º mientras no se haya decidido sobre la adjudicación, con imposibilidad de esgrimir el numeral 2º porque la jurisprudencia ha dicho que no es posible obligar a la Administración a contratar y con la posibilidad de impetrar el numeral 3º cuando ya se ha decidido la adjudicación a otro de los licitantes.

Pero nótese, aún no hay *"convención"* con el licitante agraviado (adjudicación) ni mucho menos "contrato", por lo que la indemnización tiene que ser menor a la del caso de la promesa incumplida o del contrato incumplido;

b) La adjudicación del contrato a la mejor oferta pero la decisión administrativa de no celebrar contrato con nadie, importa la violación de una "convención" (art. 35 del Decreto-ley 222 de 1983) o mejor aún, de una promesa de contrato, que se rige por el artículo 1611 del Código Civil (sustituido por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887).

Y, obviamente los perjuicios causados tienen que ser distintos y menores a los causados con la violación de un contrato.

"Existe cardinal y sustancial diferencia entre el contrato de venta de bienes raíces y la promesa de verificarlo: 1º por el primero se vende o enajena la cosa; por el segundo sólo se promete venderla; 2º aquél

debe hacerse constar en la respectiva escritura pública registrada; basta que éste conste por escrito con las exigencias del artículo 89 de la Ley 153 de 1887; 3º por medio del contrato de venta una vez registrado, el vendedor se desprende del derecho de dominio, y este contrato genera acciones personales entre las partes, las que surgen del pacto, y da acciones reales contra terceros; de la promesa sólo surgen acciones personales entre los contratantes" (Cas., 8 febrero 1908, XVIII, 231)";

c) La adjudicación del contrato al mejor oferente y la subsiguiente celebración del contrato con licitante distinto, implica la posibilidad de obtener tanto el *"premio"* como la "indemnización", ya vistas, pero aquí si hay "promesa de contrato" en los términos del artículo 1611 del Código Civil (adjudicación) y la violación de la misma con la firma del contrato con persona distinta, da lugar al "premio" y a la "indemnización".

La indemnización es contractual, pues la promesa de contrato en nuestro derecho es un contrato solemne.

Pero como ya se vio, la indemnización de los perjuicios es distinta frente a la promesa que frente al contrato incumplido;

d) La adjudicación del contrato al mejor oferente y la celebración del mismo con tal licitante, seguidas del incumplimiento del contrato, da lugar a una típica violación contractual, se está en el verdadero caso de la responsabilidad contractual en los términos de los artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil o de los artículos 19 del Decreto-ley 222 de 1983 y 8º de la Ley 19 de 1982;

e) No pueden, pues, confundirse las cuatro situaciones jurídicas vistas para predicar de todas ellas un mismo régimen jurídico indemnizatorio frente a la violación del precontrato, la promesa, el contrato o la promesa frente a la decisión administrativa de no contratar.

6. Pero más grave aún. La decisión de la cual me aparto, aplica por analogía, la cláusula penal que garantiza la seriedad de la oferta, pactada en contratación administrativa siempre en favor de la Administración, con clara naturaleza de exorbitancia y nunca aplicable al contratante particular.

Como su nombre lo indica, la "cláusula penal" es una "pena" de estrictísima y restrictiva interpretación.

7. Además, dice la sentencia que la Sala acoge la doctrina tradicional y al efecto cita la obra "Régimen General de las Obligaciones" del profesor Guillermo Ospina Fernández, quien sigue también la tradicional tesis de la Corte Suprema de Justicia desde 1887, según la cual, la cláusula penal no es más que una estimación anticipada de los perjuicios, la cual considero obsoleta y equivocada, por las siguientes suscintas razones:

a) *Reparación y pena.*

"Conviene también anotar, ya que esta idea será fecunda en desarrollos acerca de los temas de derecho positivo que se tratarán con posterioridad, que, al menos teóricamente, el mal acarreado por la sanción (esto es, el mal derivante de la trasgresión del precepto) no debe ser menos trascendente que el beneficio que nace para el agente

del propio hecho de su desobediencia. Lo que se entiende más claramente con un ejemplo, ya que nadie prevendría infracciones a la norma que prohibiese robar $ 10.oo, imponiendo al ladrón, como sanción, el pago de una multa de $ 5.oo".

"De la consideración de esa ecuación económica que se establece entre el daño causado al titular del derecho violado por la infracción, y aquel daño que para el infractor debe nacer de la sanción misma, surge una distinción muy importante que diferencia dos tipos extremos de sanción. Estos tipos de sanción, si bien eran conocidos desde mucho tiempo atrás, han sido relevantemente expuestos por BINDING, quien llevó hasta la exasperación la oposición existente entre la reparación y la pena".

"La diferencia esencial entre uno y otro concepto radica en que la reparación —más técnicamente dicen algunos autores— "restitución" supone el restablecimiento de la situación existente con anterioridad a la inobservancia del precepto. La pena se impone para reparar la culpa del delincuente; la indemnización para reparar el daño del perjudicado. La restitución es una sanción de eficacia más bien satisfaciente, y mira antes que nada por el bien del titular del interés protegido, cuyo bien trata de restablecer. En tanto que la pena es de eficacia más bien aflictiva, y mira sobre todo al titular de la infracción, esto es, al titular del interés que la misma pena sacrifica. La restitución —dice CARNELUTTI— consiste en el sacrificio de un interés, que lo impone el precepto; la pena, en el sacrificio de un interés distinto. Acentuando más las diferencias puede decirse en lenguaje figurado y con verdad sólo aproximada, pero de un modo muy expresivo, que la restitución se realiza para que se remueva la violación, en tanto que la pena se infringe porque la violación se ha producido" (Jorge Peirano Facio "La Cláusula Penal", págs. 3 y 4).

b) En el primitivo derecho romano no todo compromiso convencional estaba protegido por la ley en el sentido de que las partes o el juez pudieran compeler forzadamente, al deudor remiso al cumplimiento de la prestación prometida, especialmente si ella era de hacer o no hacer.

Fue esta especial posición del derecho la que dio origen a la *"stipulatio poenae"*, como medio intimidante o compulsivo del deudor a cumplir lo prometido y al mismo tiempo como pena o punición por su inejecución, caso en el cual debía, sin más, la pena pactada, generalmente en suma de dinero, por lo que se le llamó *"pecunia certa"*. Era, pues, fundamentalmente una pena un castigo al deudor incumplido.

Posteriormente, se concedió acción de cumplimiento forzado a la casi totalidad de las convenciones, pero continuó la vigencia de la *"stipulatio poenae"*, como sanción al incumplimiento.

"2. *Función compulsiva y aflictiva.* Para un sector doctrinal esta estipulación sólo cumple una función compulsiva y aflictiva".

"Como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación. Es aflictiva porque el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la prin-

cipal: Sabe que si no cumple deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales".

"Este parece haber sido el origen del instituto en estudio, que nació en Roma bajo el nombre de *stipulatio poenae*, como una necesidad dentro de la especial estructura del sistema obligacional de la época, que otorgaba acción sólo a escasas relaciones. En nuestros tiempos, recurrir al órgano jurisdiccional para hacer cumplir una obligación de hacer o no hacer y, en su defecto, que se fijen daños y perjuicios, es cosa de todos los días. En cambio, en el antiguo derecho romano, la potestad judicial no había sido establecida como instrumento compulsivo de los ciudadanos a efecto de obligar a éstos contra su voluntad a cumplir un hecho o abstenerse de él. Por eso nació la *stipulatio poenae*, porque las obligaciones de dar sumas de dinero eran sí ejecutables. Al parecer, también tuvo este carácter en el antiguo derecho germánico".

"Esta tendencia punitiva pasó al derecho español, no obstante que, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano, los convenios tenían fuerza obligatoria por sí mismos. En tal sentido son ilustrativas las definiciones proporcionadas por tradicionales cuerpos legales españoles. Por ejemplo, la Partida 5ª, Título XI, Ley XXXIV, expresa que es la 'pena puesta a placer de ambas partes y que los hombres suelen ponerlas a veces en las promesas que hacen con el objeto de que ellas sean más firmes y mejor guardadas'. La ascendencia del antiguo derecho español recogido por el derecho de Castilla subsiste en nuestros días en la moderna doctrina hispana, la cual, pese a la gran influencia francesa, no puede desprenderse de su tradición".

"De esta posición pueden extraerse modernas definiciones de la cláusula penal: 'Pena de origen convencional por la cual se somete al sujeto pasivo a un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantir el cumplimiento de dicho deber' ".

"Una consecuencia de esta actitud doctrinaria es la de estudiar a la cláusula penal dentro de la gran familia de los medios compulsorios o sanciones civiles".

"Modernísima doctrina italiana ha reverdecido la finalidad compulsoria. Incluso distingue entre cláusula penal *pura y no pura*. La primera es la que cumple *exclusivamente* función compulsoria; en cambio, la impura o irregular tiene función ambivalente. Es decir, la cláusula penal propiamente dicha no es sino un medio compulsivo; su causa final última reside en ser un medio de conminar o constreñir al sujeto pasivo".

"Mosser Iturraspe ha adoptado esta posición en nuestro país, indicando las consecuencias prácticas que supone su aceptación, las que serán evaluadas a lo largo de nuestro trabajo. Más allá del reconocimiento al esfuerzo intelectual que esta teoría supone, entendemos con el propio Trimarchi que el jurista está obligado al análisis de la institución *dentro de su ordenamiento positivo*. Puede o no aceptarse la terminología propuesta (cláusulas penales puras e impuras), pero de lo que sí estamos seguros es que la doctrina italiana llama 'cláusula penal no pura o irregular' " (Kemelmajer de Carlucci, págs. 3 a 5, "La Cláusula Penal").

c) El Derecho Romano tuvo notable influencia en el Derecho Español:

1. En el "Fuero Juzgo", Libro II, Título V, sobre contratos y en la Ley VIII, del mismo título, se lee:

"*Fuero Juzgo*, Libro II, Título V, Ley V: "Todomne que quiere venir contra el pleyto (o sea, el contrato) é contra la convenencia que a fecha cuemo deve, si la non fizo por miedo ó por fuerza, ante quel iuyzio sea dado peche la pena que es contenida en el escripto de la convenencia. E la convenencia y el escripto vala...' (en la edición de Los Códigos ..., T. I, pág. 120, primera columna)".

"Fuero Juzgo, Libro II, Título V, Ley VIII: "... más si algunos omnes ovieren pleyto de alguna cosa, non aya y maior pena, sinon que peche en duplo la cosa el que la non entregare, é si el pleyto fuere de dineros, la pena sea fasta tres duplos... ... E todo escripto é todo pleyto que fue fecho contra esta ley, non vala' (en la edición de Los Códigos..., T. I, pág. 120, segunda columna). En el mismo lugar esta ley está numerada erróneamente como Ley VII, cuando en realidad es Ley VIII" (Jorge Peirano Facio, pág. 32).

2. *El Fuero Real.* "De la lectura del contexto del Fuero Real se desprende que aun cuando, como en el *Fuero Juzgo*, los convenios eran obligatorios por la sola circunstancia de haber sido pactados de buena fe, la pena tenía siempre una función auxiliar respecto de la fuerza obligatoria de la convención, tendiente más a reforzar la obligación de origen convencional, que a indemnizar al acreedor en caso de incumplimiento del deudor. Esto se advierte claramente si se considera que en ningún texto del *Fuero Real* se habla de pena como de 'resarcimiento de daños', sino como de 'elemento que buscar hacer observar la convención pactada'. Así, dicho cuerpo expresa: '... é si en el pleyto (esto es, contrato) fuere pena puesta, quien contra el pleyto viniere, peche la pena, así como fuere puesta en el pleyto'. Estamos lejos del primer momento del derecho romano en que la pena tiene por finalidad 'crear' la obligación; acá, en el derecho del *Fuero Real*, la pena no puede tener por fin crear obligaciones, puesto que estas se crean por el solo consentimiento; su finalidad se reduce a 'reforzar' el vínculo obligatorio" (Jorge Peirano Facio, págs. 33 y 34).

"Con esto queda completada la exposición del sistema del *Fuero Real* y de las *Leyes del Estilo* en punto al tema que nos interesa. El concepto básico de toda legislación ha sido ya subrayado varias veces: Los contratantes encuentran en la pena un modo de compeler al cumplimiento del contrato, nunca un pronunciamiento para liquidar los daños y perjuicios que se irrogan al acreedor por falta de cumplimiento. Se acentúa así el aspecto de creación o reforzamiento del vínculo de la obligación principal que era propio de la primera etapa del derecho romano; no el aspecto de compensación de daños hacia el cual este mismo derecho derivó al final de su evolución histórica" (Jorge Peirano Facio, pág. 37).

3. Las "*Siete Partidas*". "Consecuente con su orientación dogmática y principista a que aludíamos antes, comienza el Código de las *Siete Partidas* explicando que en latín se llama pena *conventionalis* aquella 'pena que es puesta a plazer de amas partes', y que los hombres

suelen ponerlas a veces en las promesas que hacen con el objeto de que ellas sean más firmes y mejor guardadas".

"Se mantiene acá, pues, la tradición hispánica del instituto de acuerdo con la cual la finalidad de la cláusula penal radica en hacer más fuerte la obligación del deudor asegurando la mayor eficacia del vínculo contractual. No puede existir ninguna duda acerca de que este es el espíritu de la legislación de Partidas, y ello no sólo por lo que dice la ley que acabamos de mencionar, sino porque también el legislador aclara su pensamiento diciendo que la finalidad de la estipulación de la pena convencional es la que se acaba de referir. En efecto, destaca el legislador de las Partidas, que 'muévense los hombres a poner esta pena en las promissiones porque aquellos que prometen dar o facer alguna coza, sean más acuciosos a cumplir la promission, por medio de la pena'. Y agrega: 'E porende dezimos, que si la pena es puesta sobre la cosa que promete alguno fazer, que cae en ella aquel que fizo la promission, o que es tenudo de la pechar, si non faze aquello que promete fazer; assi como dizimos en las leyes antes desta' ".

"Con esto se está diciendo que la finalidad de la cláusula penal no es, ni aún en forma subsidiaria, la de liquidar por anticipado los daños y perjuicios que puedan irrogarse al acreedor por el incumplimiento de su deudor, como acontecía en la última época del derecho romano y como sucederá luego en el derecho francés, sino solamente la de reforzar el vínculo de derecho que une a dos partes contratantes, logrando así una mayor eficacia en el sometimiento de la voluntad del deudor" (Jorge Peirano Facio, págs. 39 y 40).

"Las tendencias de las leyes españolas en materia de cláusula penal repercutieron sobre la doctrina de los tratadistas que se ocuparon del derecho de la madre patria. En general, puede afirmarse que todos ellos, según ya se expresó con anterioridad, recibieron el concepto de la pena convencional establecido en la Ley de Partidas".

"ASSO Y DEL RIO y MANUEL y RODRIGUEZ, por ejemplo, dicen que 'puede añadirse en las promesas o pactos, alguna pena para que sean más firmes: La cual se llama convencional, si accede al convenio; y judicial si se pone en juicio. La convencional debe satisfacerse si no se cumple la promesa a tiempo ...' Como se observa, se halla siempre subyacente la idea, tomada del Código de Partidas, de que la cláusula penal tiene una función intimidante que sirve para reforzar el cumplimiento de la obligación principal. Esto aparece más claramente aún en el *vocabulario etimológico y razonado* ... de ALCALDE PRIETO, en el que a propósito de la voz 'cláusula' se dice que en el derecho español es de notar la existencia de la cláusula 'penal, que suele ponerse en algunos contratos a fin de que si no se cumple se pague el duplo o una pena determinada' ".

"ALVAREZ refleja fehacientemente el mismo criterio: 'Siempre que hacen promesa o pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena para que más ciertamente se cumplan'. Esta pena puede ser convencional o judicial. Convencional se llama la que se pone a arbitrio de las partes y debe satisfacer si no se cumple la promesa al tiempo que se señaló".

"Idéntico concepto, aunque no formulado de modo explícito, puede leerse en MORCILLO ORTIZ y en GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN".

"Esta idea de la cláusula penal como garantía del cumplimiento del vínculo contractual está tan firmemente enraizada con la tradición española, que aún autores que escriben bajo el evidente influjo de una legislación que, como la francesa, sustenta principios opuestos, no llegan a desprenderse de ella. En este sentido es elocuente la actitud de GUTIERREZ FERNANDEZ que, tratando de la naturaleza de la cláusula penal dice: 'Los contrayentes añaden, en ciertos casos, a la garantía de su palabra, el apremio de una pena convencional'; y más adelante: 'Se dirige la cláusula penal a asegurar el cumplimiento de un contrato, comprometiéndose el obligado a hacer cierta cosa en caso de inejecución'" (Jorge Peirano Facio, págs. 43 y 44).

d) Igualmente, el Derecho Romano tuvo reconocida influencia en el antiguo Derecho Francés, aunque, frente a la cláusula penal, por obra de la interpretación de los jurisconsultos, se institucionalizó la *"cláusula poenae"*, en forma que no concuerda, exactamente, con el primitivo Derecho Romano.

"Sobre esta línea de pensamiento. DUMOULIN (MOLINEUS), en su *Estrincatio Labyrynthi et individui* y también en su *Tract de eoquod interest* (número 60), adoptó las ideas de sus antecesores construyendo acerca de la cláusula penal un sistema más o menos original, para lo que en aquella época estaban en uso en las escuelas".

"Este simple hecho no tendría de suyo ninguna importancia de que el sistema de DUMOULIN no es, en realidad, el mismo derecho romano. DUMOULIN comprendió mal el alcance de ciertos principios del derecho romano y en consecuencia al estructurar el régimen de la cláusula penal se apartó de los perfiles puramente romanistas del instituto, quebrando así, al menos en parte, la trayectoria histórica del mismo".

"El sistema de DUMOULIN, con todas sus imperfecciones, fue recogido fielmente por POTHIER, quien lo estructuró en su *Traité des obligations* de manera exhaustiva y sistemática, tal como era su costumbre. Así, pues, el azar histórico constituido por los errores de interpretación de DUMOULIN explica el punto de vista adoptado por POTHIER y la circunstancia de que este, por ser fiel en sus líneas más generales con el de DOMOULIN, se aparte del derecho romano".

"Esta observación que acabamos de hacer es de capital interés, pues da la clave que ha de servirnos para entrar en el régimen del Código napoleónico, ya que este último se ha atenido, en la materia, a las enseñanzas de POTHIER. Con ello se explica cómo el Código Civil Francés, aun cuando tiene en punto a la cláusula penal una tradición marcadamente romanista, no puede ser considerada en la regulación del instituto que nos ocupa como gemelo del sistema romano, siendo en cambio preciso considerarlo como un régimen que, si bien no por propósito deliberado al menos por razones circunstanciales, se aparta de aquél" (Jorge Peirano Facio, págs. 46 y 47).

"Veremos ahora, como paso siguiente de este proceso histórico y como antecedente del sistema del Código de Napoleón, cuál ha sido la forma en que POTHIER recogió en sus obras el instituto de la cláusula penal".

"Lo primero que llama la atención al que repasa las páginas que el jurista de Orleáns dedica a este instituto, es la poca importancia que atribuye al punto relativo a saber si la cláusula penal es una liquidación anticipada de daños y perjuicios o una estipulación tendiente a reforzar el cumplimiento de la obligación principal. POTHIER estudia con extraordinario detalle una serie de cuestiones relativas al régimen de funcionamiento de nuestro instituto, pero deja en la sombra el centro de la cuestión, sobre el que, además, parece mantener opiniones encontradas".

"Así, en la definición de la cláusula penal, se dice que reviste los caracteres de tal aquella por la cual una persona 'para asegurar la ejecución de un primer compromiso, se obliga por medio de una pena, a cualquier cosa en caso de inejecución de ese compromiso'. De esta manera parece subrayarse el sentido 'reforzatorio' de la cláusula penal y el escaso valor que se le atribuye como liquidación anticipada de daños y perjuicios".

"Sin embargo, creer que tal es la opinión definitiva de POTHIER acerca del punto, sería extraer de su definición una consecuencia apresurada. A pesar del tenor literal de la frase que acabamos de transcribir, del contexto de la obra de POTHIER resulta que la cláusula penal se pacta para proceder por medio de ella a una liquidación convencional y anticipada de los eventuales daños y perjuicios que pudieran emerger del incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor. Cuando POTHIER formula su definición de la cláusula penal, en realidad aporta sólo un concepto vacío, una mera forma, que se transcribe de los viejos textos del derecho romano. Por este motivo se explica que no exista en el tratado de POTHIER un solo comentario a esta definición que a tantas precisiones se presta, especialmente si se la vincula al tema de la fuerza obligatoria de los contratos".

"La veracidad de nuestra afirmación acerca de la verdadera naturaleza de la cláusula penal en el sistema de POTHIER y de la ninguna entidad que corresponde atribuir a su definición, aparece más clara aún con sólo recordar que luego, al estudiar el autor los principios que explican la 'naturaleza' de la obligación con cláusula penal, coloca entre ellos el 'Cuarto principio', que dice: 'Esta pena es estipulada en la intención de indemnizar al acreedor por la inejecución de la obligación principal; ella es, por consiguiente, indemnizatoria por los daños y perjuicios que sufre por la inejecución de la obligación principal' ".

"Y no se diga que la tesis que combatimos es sostenible dentro del sistema estructurado por POTHIER haciendo argumento de la circunstancia de que este jurisconsulto, con anterioridad a la formulación del 'Cuarto principio', nos había hablado de que la cláusula penal tiene por fin asegurar el cumplimiento de la obligación principal. En efecto, este argumento se destruye fácilmente con sólo leer las líneas que siguen a esta afirmación de POTHIER y en las cuales el autor expresa

su pensamiento en forma tal que da a entender claramente cuál era el alcance que en su mente podía tener este principio. En efecto, no se trata de deducir de él que la cláusula penal tiene como finalidad esencial reforzar el vínculo jurídico principal que une al acreedor con el deudor, sino sólo de indicar que la cláusula penal no puede perjudicar la obligación principal, verbigracia, novándola. Dice precisamente a este respecto: 'De acá se debe concluir que la finalidad de las partes contratantes no ha sido ni extinguir ni resolver por medio de la obligación penal, la obligación principal' (Ley 122, 2, ff. de Verb. oblig.)". (Jorge Peirano Facio, págs. 47 y 48).

"De lo expuesto se deduce que POTHIER, siguiendo a DUMOULIN en punto al entendimiento de los principios del derecho romano, concibió la cláusula penal, fundamentalmente, como una liquidación anticipada de daños y perjuicios. Se pierde acá el carácter de reforzamiento de la obligación principal, que era esencial en el más antiguo derecho romano y que siempre, según ya vimos, siguió manteniendo primacía en el derecho español; y pasa así a ocupar la figura principal del escenario el motivo de liquidación convencional y anticipada de daños y perjuicios, que viene por herencia directa del jurisconsulto DUMOULIN" (Jorge Peirano Facio, pág. 49).

"El proceso cuyas líneas acabamos de dibujar culmina en su evolución histórica con la sanción del Código Civil que, en el lenguaje casi telegráfico de sus artículos, recoge las enseñanzas de POTHIER, salvo en lo que respecta a la inmutabilidad de la pena pactada".

"Contrariamente a lo que acontece en el Código Civil español, cuyo estudio resulta ayuno de interés a los efectos que nos hemos propuesto, el análisis de las disposiciones del Código Civil francés tiene fundamental importancia, pues ellas, en virtud de la época de su redacción, pudieron ser fuentes, y de hecho en cierta medida lo fueron, de los textos de nuestra legislación positiva" (Jorge Peirano Facio, pág. 49).

c) Lo anterior nos permite una primera conclusión: Que mientras en el antiguo Derecho Romano y en el Derecho Español antiguo, la "Cláusula penal" tiene una finalidad puramente compulsiva, punitiva, en el Código Civil Francés, por obra de POTHIER, dicha cláusula no es otra cosa que la estimación anticipada de la cuantía de los perjuicios por el incumplimiento de la obligación prometida.

Veamos como ha quedado el régimen de dicha cláusula en algunas de las legislaciones que se dicen gregarias de la francesa.

1. Dice el artículo 1226 del Código Civil Francés:

"La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage á quelque chose en cas d'inexecution".

Como puede verse, no habla de pena, sino de *"alguna cosa"* y no habla de obligación sino de *"convención"*, lo que haría pensar que ella siempre debe ir inserta en un contrato y que es su ejecución lo que garantiza.

2. No obstante que Bello, dice haber tomado como modelo, en este aparte, al Código de Napoleón, redacta el artículo 1535 del Código Civil Chileno, así:

"La cláusula penal es aquella en la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, *se sujeta a una pena*, que consiste en dar, hacer o no hacer algo, en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

Ostensible resulta su finalidad compulsiva, aflictiva y punitiva, y su correspondencia con las "Siete partidas"; se está en frente de *"una pena"*, no de una presunta indemnización de perjuicios.

En el mismo sentido, se encuentran estas, entre otras, legislaciones:

"Código Civil Colombiano. Artículo 1592. *La cláusula penal* es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

"Código Civil Argentino. Artículo 652. La cláusula penal es aquella en la que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, *se sujeta a una pena, o multa* en caso de retardar o de no ejecutar la obligación".

"Código Civil Uruguayo. Artículo 1363. La cláusula penal es aquella en cuya virtud, una persona para asegurar la ejecución de la convención, *se obliga a alguna pena*, en caso de falta de cumplimiento".

3. Dicen los artículo 1228 y 1229 del Código Civil Francés:

"Artículo 1228. Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale".

"Artículo 1229. La clause pénale est la compensation des dommages et intéréts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale".

"Il ne peut demander en méme temps le principal et la peine, á moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard".

El artículo 1229 transcrito, es la fiel expresión del pensamiento de DEMOULIN y POTHIER, la defectuosa interpretación de la legislación de Justiniano: "La cláusula penal es la estimación convencional y anticipada de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la inejecución de la obligación principal".

Es definición legal y no da lugar a exguince que lo que en el Derecho francés no hay lugar a interpretación o duda. La cláusula penal pierde completamente su carácter punitivo, para convertirse en una estimación anticipada de los daños y perjuicios por la inejecución de la obligación a que accede o que garantiza.

Pero ese artículo 1229, inciso primero, no fue reproducido en el Código Civil Chileno, ni en el Colombiano, ni en el Argentino, ni en el Uruguayo, ni en los Códigos Hispanoamericanos consultados.

Y la consecuencia de esa diferente regulación, es importantísima, pues al paso que en el Derecho Francés no es sino indemnizatoria, en nuestro derecho puede ser indemnizatoria o exclusivamente punitiva.

El 2º inciso del artículo 1229 y el texto del artículo 1228 del Código Civil Francés, corresponden, en esencia, al artículo 1594 de nuestro Código Civil.

Y son lógicos, si la pena compensa la inejecución de la obligación principal no pueden demandarse conjunta o simultáneamente, a menos que se hubiera estipulado la pena por el simple retardo, es decir, que no sea estimación de los perjuicios compensatorios o por la inejecución sino de los perjuicios moratorios o por el retardo.

4. Dice el artículo 1594 del Código Civil Colombiano:

"Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acredor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".

Su interpretación racional, permite las siguientes conclusiones:

A) Que la cláusula penal puede ser *"pura"* o "propia", es decir, estrictamente aflictiva o punitiva, o simplemente *"impura"* o *"impropia"*, como estimación anticipada de los daños y perjuicios.

B) Y tanto "la pura" como la "impura", pueden ser *"moratoria"* o por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o *"compensatoria"* por la inejecución definitiva de la obligación.

C) a) La *"impura"* o *"impropia"*, en los términos del artículo 1594 visto, impide que el acredor la exija conjuntamente con la "obligación principal" cuando es compensatoria, pues la reemplaza, la sustituye, como que no es otra cosa que los perjuicios causados con la inejecución de aquella;

b) En cambio, la *"pura"* o *"propia"*, como punitiva o aflictiva que es, se causa por el incumplimiento o inejecución y no enerva ni la demanda de los perjuicios moratorios cuando es "moratoria" (piénsese en las "multas" de la contratación administrativa) ni la demanda por la obligación principal, pues ella por su definición, naturaleza y objeto, es una sanción al deudor incumplido sin *relación alguna* con la indemnización de perjuicios por el retardo o la inejecución definitiva de la obligación principal;

c) De ahí que diga el artículo 1594 del Código Civil Colombiano, que no puede demandar la pena y la obligación principal, "sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio", "a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo (cláusula penal moratoria), o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal" (cláusula penal pura, aflictiva, compulsiva, punitiva, sin relación con daños y perjuicios);

d) Y resulta obvio, también, la previsión del artículo 1600 de nuestro Código Civil, cuando dice:

"Artículo 1600. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena".

La cláusula penal *impura o impropia,* como estimación anticipada de los perjuicios —moratorios o compensatorios— excluye el cobro de tales perjuicios, pues se violaría el principio *"non bis in idem"* y agrega el comentado artículo, *"a menos de haberse estipulado así expresamente"*, es decir, a menos que la cláusula penal sea *pura* o *propia,* pues como exclusivamente punitiva que es, no tiene relación con los perjuicios causados y, por lo mismo, no los excluye.

En síntesis, si es impura el acreedor puede escoger entre la pena y la indemnización de perjuicios, pues la primera compensa los segundos; pero si es *pura,* bien puede demandarla al tiempo con la indemnización de perjuicios, pues son dos cosas completamente distintas.

D) Y la concepción dualista de la cláusula penal, tiene, en los términos del artículo 1594 comentado, estas otras consecuencias.

1. Que antes de constituirse el deudor en mora, sólo puede exigirse el cumplimiento de la obligación principal no la pena.

2. Que constituido en mora el deudor, el acreedor puede exigir la pena moratoria y la obligación principal o la pena compensatoria y la obligación principal si la cláusula penal es *pura,* o simplemente la pena o la obligación principal si la cláusula penal es *impura* o *impropia.*

3. Que si la cláusula penal es *pura,* basta que el deudor se constituya en mora (si la obligación tiene plazo, basta el vencimiento de éste, art. 1608 del C. C.) para que el acreedor pueda exigir la pena y la obligación principal.

4. Que si la cláusula penal es *impura* o *impropia,* constituido el deudor en mora, el acreedor tiene que *optar* entre la pena y la obligación principal y mientras no opte, el deudor sigue en mora frente a la obligación principal, pero no frente a la pena, pues la opción es del acreedor, por lo que dice el artículo 1595 del Código Civil Colombiano, corroborando lo expuesto:

"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".

En otros términos, si la cláusula penal es *pura,* al constituirse el deudor en mora, sin necesidad de requerimiento si hay plazo expreso, el acreedor puede exigir la pena y la obligación principal; si la cláusula penal es *impura,* aun cuando la obligación principal tenga plazo fijado para su cumplimiento, vencido este, el acreedor sólo puede exigir la obligación principal, pero si *opta* por la cláusula penal, debe requerir al deudor para constituirlo en mora frente a dicha pena, ya que no

resulta aplicable el viejo principio romano de *"dies interpellat pro homine"*.

5. Y como consecuencia de todo lo anterior, vale la pena comentar el artículo 1599 del Código Civil Colombiano, que dice:

"Artículo 1599. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferiro perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

De sus términos surge con claridad meridiana que tal norma se refiere a la cláusula penal pura, que es la que no tiene relación alguna con la existencia de los perjuicios. Ella se causa por el incumplimiento del deudor, es una pena, una sanción, háyase o no causado daños y perjuicios.

En cambio, si la cláusula penal es *impura* o *impropia*, ella no es exigible ante el solo incumplimiento de la obligación principal, sino que es necesario probar la *existencia de los perjuicios*, pues la cláusula es una estimación anticipada de los perjuicios, no la aceptación u obligación de reconocerlos aunque no se causen, lo que no aparece consagrado ni en la legislación de Justiniano, ni en el Código Civil Francés, ni el Código Civil Chileno ni en ninguno de los que reconocieron su influencia.

La jurisprudencia nacional que sostiene lo contrario, debe su equivocación a la no investigación de los antecedentes de nuestro Código Civil y a la falta de una interpretación racional a fondo, del articulado de nuestro Código Civil, que regula dos *especies* de una misma institución: La cláusula penal pura y la cláusula penal impura.

E) *La cláusula penal en el derecho administrativo.*

Peor error que los anteriores, es el cometido en la sentencia anterior, al aplicar la doctrina y la jurisprudencia civiles a una institución como la cláusula penal en los contratos administrativos, la cual aparece regulada por el Decreto-ley 222 de 1983, en forma totalmente diferente o como la regula el Código Civil.

En efecto, dispone el artículo 72 de dicho Decreto:

"Artículo 72. *De la cláusula penal pecuniaria.*

"En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento".

"La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato".

"El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante".

Meridianamente se nota que la ley consagró la cláusula penal impura o impropia, pero como *"pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados..."*

Lo anterior importa:

1. Que en la liquidación del contrato deben determinarse los *"perjuicios causados"*, pues si no se causaron o se causan en monto inferior a la de la cláusula, esta no es exigible o el pago no es parcial sino total.

2. Que como el artículo habla de imputar el valor de la cláusula a los "perjuicios causados", estos deben estar determinados antes del cobro de la cláusula, pues no puede hacerse jurídicamente imputación del pago cuando no se conoce lo debido ni puede hablarse de pago parcial cuando se ignora el valor total de la obligación.

3. Distinto es el caso de las "multas", artículo 71 del mismo Decreto, pues ellas si siguen la regla general de la cláusula penal pura, compulsiva o punitiva que se han dejado expuestas.

4. Y de "multa" habla el artículo 36 del Decreto-ley 222 de 1983 al reglamentar la sanción al licitante vencedor que no hace honor a su oferta. Las multas y las sanciones o penas, en general, no pueden aplicarse con interpretación analógica o extensiva como lo hace la sentencia de la cual disiento.

Bogotá, marzo 9 de 1987.

Jorge Valencia Arango.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. AUTOMOTOR DE LA ENTIDAD PUBLICA CONDUCIDO POR EMPLEADO OFICIAL.—

Falla del servicio. Perjuicios causados por la colisión de vehículos. Consecuencia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4775. Ana Elvia Patiño vda. de Prieto y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 29 de julio de 1985, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Mediante ese proveído el *a quo* dispuso:

"*Primero.* Se declara a la Empresa de Teléfonos de Bogotá, administrativamente responsable del accidente de tránsito ocurrido el día 7 de julio de 1979 a consecuencia y del cual perdió la vida el señor Cristóbal Prieto Leguizamón.

"*Segundo.* Como consecuencia de la anterior declaración, *condénase* a la Empresa de Teléfonos de Bogotá, a pagar a los demandantes: Elvia Patiño vda. de Prieto, y a las menores Fabiola Janneth Prieto Patiño, Blanca Flor, Jaquelín, Nelly y Ana Marcela Prieto Patiño, el valor de los perjuicios materiales y morales sufridos por la muerte de su cónyuge y padre Cristóbal Prieto Leguizamón.

"*Tercero.* La liquidación de los perjuicios se hará mediante el procedimiento establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia.

"*Cuarto.* Se absuelve al Distrito Especial de Bogotá, de los cargos formulados en la demanda.

"*Quinto.* La sentencia, si no fuere apelada, se consultará con el superior".

En la demanda se narraron como hechos fundamentales, los siguientes:

"1º El señor Cristóbal Prieto Leguizamón, trabajaba en Gaseosas Colombianas S. A. como conductor de montacargas, devengando un salario mensual de diez mil ochocientos setenta y siete pesos con setenta centavos moneda corriente ($ 10.877.70).

"2º Del señor Cristóbal Prieto Leguizamón dependían las siguientes personas:

a) Su señora esposa, Ana Elvia Patiño vda. de Prieto;

b) Sus hijas menores Fabiola Janneth Prieto Patiño, Nelly Judith Prieto Patiño, Blanca Flor Prieto Patiño, Jaquelín Prieto Patiño y Ana Marcela Prieto Patiño.

"4º El día 7 de julio de 1979, el señor Cristóbal Prieto Leguizamón murió a consecuencia del volcamiento e incendio, del bus de placas número SB-1912, número 224, afiliado a la Empresa Expreso Cundinamarca Ltda., conducido por el señor Luis María Hernández, cuando en la calle 13 con carrera 68B, a las 10:30 de la noche fue chocado por el campero Land Rover, de propiedad de la Empresa de Teléfonos de Bogotá Distrito Especial, conducido por el señor Moisés Piedrahita Bernal, al transitar en contravía.

"5º Lo más grave del caso, radica en que el campero de propiedad de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, era conducido por un empleado de dicha empresa, en contravía; violando todas las normas de tránsito de la ciudad de Bogotá, precisamente a la cual pertenecía. Es decir, el accidente ocurrió por una falla en el servicio de la Empresa de Teléfonos de Bogotá Distrito Especial.

"6º Los demandados, son responsables por cuanto la Empresa de Teléfonos de Bogotá fue creada por un Acuerdo del Concejo Distrital, y es por lo tanto, una entidad de derecho público perteneciente al Distrito Especial. Igualmente el vehículo que ocasionó el accidente era de propiedad de la Empresa de Teléfonos de Bogotá y el conductor era o es funcionario de la misma, y al momento de la ocurrencia del siniestro, obedecía las órdenes que le habían impartido los directivos de la Empresa de Teléfonos de Bogotá. Por otra parte, la imprudencia del conductor es manifiesta, como se establece en las distintas fotografías de los periódicos, anexos a esta demanda; donde aparece el campero en contravía y como se desprende del informativo administrativo de tránsito y de las copias del proceso penal que se están solicitando en el capítulo de pruebas".

El *a quo* para tomar la decisión que se deja transcrita, sostuvo:

"Bien reiterado lo tiene la jurisprudencia de que para el éxito de la pretensión resarcitoria en contra del Estado, es necesario que en el proceso se encuentren plenamente demostrados los tres elementos axiológicos, que son:

"A) La existencia de una falta o falla de un servicio público a cargo de la administración, bien sea por acción o por omisión;

"B) Un perjuicio cierto determinado o determinable, material o moral, y

"C) La relación de causalidad entre el primero y el segundo, es decir, que el daño se haya producido necesariamente como consecuencia del hecho generador de una falla o falta de un servicio público.

"No existirá este último elemento, cuando se presente causal exculpativa, es decir, por fuerza mayor, caso fortuito, o culpa exclusiva de la víctima.

"Ahora bien: En el presente negocio la falla del servicio se hace consistir en el accidente de tránsito que protagonizó el vehículo de propiedad de la Empresa de Teléfonos de Bogotá. Se afirma en el libelo que el conductor obró con imprudencia, circunstancia que se demuestra con diversos documentos.

"Para acreditar los hechos en los cuales perdió la vida el señor Cristóbal Prieto Leguizamón, se allegó al proceso abundante prueba documental, tales como el Acta de levantamiento número 0509, folios 20 y siguientes; Tarjeta de propiedad del vehículo, con lo cual se demuestra que es de propiedad de la empresa demandada; diligencia de levantamiento de los cadáveres, entre los cuales está el del señor Prieto Leguizamón; y el informe de la Policía Judicial, Unidad Especial de Tránsito Turno 'A'.

"Es decir, que sobre los hechos de la demanda y la forma como ocurrió el accidente, no existe la menor duda, circunstancia que hace responsable directamente a la Empresa de Teléfonos de Bogotá.

"Esta misma Sala del Tribunal, ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este mismo accidente, mediante sentencia del día 14 de junio de 1984, en el proceso seguido contra el Estado por Benjamín Villamil Pineda y otros, en la cual se declaró responsable a la misma parte demandada. Como se trata de los mismos hechos, no se hace necesarios mayores consideraciones para aceptar también en este expediente la existencia de todos y cada uno de los elementos de la pretensión resarcitoria por perjuicios.

"*Los perjuicios.*

"En el expediente aparece el dictamen de los peritos. Sin embargo, el Tribunal no los podrá acoger por cuanto no aparece con las fórmulas matemáticas que ha acogido últimamente por el Consejo de Estado. Los datos del valor del oro no están actualizados y los valores por concepto de perjuicios morales no son los que la jurisprudencia ha reconocido. En consecuencia, mediante el trámite del incidente de regulación de perjuicios, en los términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, se liquidarán con fundamento en las siguientes bases:

"1º Se demostrarán, con copia auténtica de las declaraciones de renta del señor Cristóbal Prieto Leguizamón, o con cualquier otro medio de prueba idóneo, el monto real de los ingresos o rentas de trabajo del mismo señor.

"2º De la suma anterior se deducirá un 25% que se calcula como la que corresponde a los gastos personales del señor Prieto Leguizamón, y el resultado será la base para liquidar la indemnización para cada uno de los demandantes, por partes iguales.

"3º Se tendrán en cuenta la vida probable del señor Cristóbal Prieto L., así como la de cada uno de los demandante, para liquidar la indemnización sobre el lapso de supervivencia que resulte menor, teniendo en cuenta que a las menores hijas, no podrá, en ningún caso reconocerse indemnización sino hasta cuando cumplan 18 años de edad.

"4º Se dividirá la idemnización en 'debida' hasta el fecha de la liquidación 'futura' de esta última fecha en adelante por todo el lapso reconocido.

"5º Los perjuicios morales subjetivos, se reconocerán en las siguientes cantidades: Para la señora Ana Elvia Patiño vda. de Prieto, cónyuge sobreviviente de la víctima, el valor que tengan un mil (1.000) gramos oro, a la fecha de la liquidación; trescientos (300) gramos de oro para cada una de las hijas menores de 18 años y mayores de 7 años, y doscientos cincuenta (250) para las menores de siete al momento de la muerte del padre".

El fallo fue apelado únicamente por la Empresa de Teléfonos de Bogotá, entidad pública demandada.

Cumplido el trámite de la segunda instancia y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se entra a decidir. Para ello, se considera:

Para el Ministerio Público la sentencia merece ser confirmada, "adicionándola en el sentido de señalar un límite máximo del monto de los perjuicios materiales". Así, en su vista de 12 de noviembre de este año (a fls. 359 y ss.) expone en lo pertinente:

"La sentencia objeto del recurso, después de hacer un recuento de los hechos, advierte que ya en otra oportunidad la misma Sala se pronunció sobre los mismos hechos cuando por el mismo accidente demandó al señor Benjamín Villamil Pineda. En esta ocasión en sentencia de junio 14 de 1984 declaró la responsabilidad de la misma parte demandada.

"Como en el presente caso se trata de los mismos hechos, el Tribunal consideró que no era necesario profundizar en mayores razonamientos para aceptar ahora que se dieron todos los elementos necesarios para esta clase de procesos.

"La sentencia termina declarando a la Empresa de Teléfonos de Bogotá administrativamente responsable del accidente de tránsito ocurrido el día 7 de julio de 1979 a consecuencia del cual perdió la vida el señor Cristóbal Prieto Leguizamón. Como consecuencia de lo anterior condenó al pago de los perjuicios materiales y morales.

"Debe advertirse que la sentencia fue apelada en la oportunidad legal únicamente por el apoderado de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, y a lo planteado por éste debe limitarse el estudio del recurso. Se anota lo anterior porque en forma irregular, pues no interpuso oportunamente ningún recurso, el apoderado de la parte actora pretende que la sentencia sea modificada y se le reconozcan los perjuicios en concreto.

"En el memorial visible al folio 345, así como en el alegato de conclusión que aparece nuevamente al folio 353, el apelante sustenta su recurso y en algunos apartes dice: 'No es posible afirmar la falla del servicio de parte de la administración por una conducta de agente suyo, que está siendo investigada penalmente, antes de que la justicia penal decida, dada la prelación que ésta tiene, si dicho agente de la administración demandada administrativamente fue o no autor del daño, o, en otros términos, si el daño cuyo resarcimiento se reclama tuvo por causa a ese agente o, por el contrario, obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor, a la intervención de un tercero o a culpa de la víctima.

"En el memorial visible al folio 345, así como en el alegato de conclusión que aparece nuevamente al folio 353, el apelante sustenta su recurso y en algunos apartes dice: 'No es posible afirmar la falla del servicio de parte de la administración por una conducta de agente suyo, que está siendo investigada penalmente, antes de que la justicia penal decida, dada la prelación que ésta tiene, si dicho agente de la administración demandada administrativamente fue o no autor del daño, o, en otros términos, si el daño cuyo resarcimiento se reclama tuvo por causa a ese agente o, por el contrario, obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor, a la intervención de un tercero o a culpa de la víctima.

" 'La jurisdicción contencioso administrativa se ha empeñado aquí en calificar los hechos y en atribuir la autoría y la responsabilidad de ellos al agente, empleado de la Empresa de Teléfonos, sin esperar la decisión penal, contra lo que me atrevo a señalar como de lógica elemental, en la necesidad de evitar sentencias contradictorias: Una de la justicia administrativa declarativa de la autoría del agente y de responsabilidad consiguiente de la administración, y otra de la justicia penal que pueda declarar que el accidente y la muerte en él del señor Prieto obedeció no al comportamiento del conductor del campero, sino a la acción de un tercero o a un caso de fuerza mayor o fortuito...'.

"Por otra parte, considera que la sentencia apelada no tuvo en cuenta la limitación de la pretensión de la parte demandante en lo referente a los perjuicios materiales, consignados en la demanda en la cantidad de $ 3.524.374.80, de modo que preventivamente se señale un límite en la sentencia y se evite una decisión *'ultra petita'*.

"Más adelante dice el mismo memorialista que el tope de los perjuicios materiales señalados en la demanda fue de $ 10.877.70.

"En la sentencia de noviembre 1º de 1985 proferida por la Sección III del Consejo de Estado que resolvió el recurso de apelación en el Expediente número 4571. Actor: Benjamín Villamil Pineda, que como ya se advirtió se refiere a un caso similar al presente, en donde se demandó también por este mismo accidente, dijo entonces la Sala: 'Los hechos que se dejan reseñados le permitieron al Tribunal declarar la responsabilidad de la entidad pública demandada. Hubo una evidente falla del servicio. Un servidor oficial conduciendo un vehículo igualmente oficial en contravía produjo la tragedia'.

"No se comprobó el caso fortuito como causal exonerativa. A este respecto la Sala acoge el estudio hecho por el *a quo*. Nada demuestra

dentro del expediente que el conductor oficial se vio forzado a llevar el campero en contravía, al ser cerrado por un bus de servicio público. Esta versión está huérfana de pruebas y no presenta visos de credibilidad.

"La Sala insiste que en esos eventos como el aquí estudiado no opera la prejudicialidad. La jurisprudencia ha sido reiterada a este respecto. Una es la responsabilidad que le puede tocar al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esa conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio. Son dos conductas subsumidas en normas diferentes, hasta el punto que puede darse la responsabilidad administrativa sin que el funcionario sea condenado penalmente. Basta recordar que una es la culpa penal y otra la civil o administrativa. Al respecto, en asunto similar dijo esta misma Sala, con ponencia del señor Consejero Valencia A. (Proceso 4480, Julio Enrique Acuña, auto de diciembre 6 de 1984) lo siguiente":

Más adelante opina:

"En relación con lo relacionado con el tope del monto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda este despacho encuentra, que realmente le asiste razón al apelante, pues si leemos la demanda visible a folios 2 y siguientes dice textualmente el libelo:

"2º Que en consecuencia, el Distrito Especial de Bogotá y la Empresa de Teléfonos de Bogotá, están obligadas a indemnizar a mi cliente, los siguientes conceptos:

"a) *Perjuicios materiales.* Los demandantes deberán pagarle a mis clientes la suma de tres millones quinientos veinticuatro mil trescientos setenta y cuatro pesos con 80 centavos ($ 3.524.374.80), por concepto de perjuicios materiales, teniendo presente que Cristóbal Prieto Leguizamón al momento de su muerte devengaba la suma de $ 10.877.70 mensuales y contaba con 38 años de edad. Es decir, tenía una expectativa de vida de 27 años.

"Claramente se deduce de lo anterior, que el límite de lo solicitado por concepto de perjuicios materiales fue señalado expresamente en la demanda en la suma de $ 3.524.374.80 como máximo y esa suma debe ser tenida en cuenta al momento de hacerse la tasación de los perjuicios materiales".

Por su lado el señor apoderado de la Empresa de Teléfonos de Bogotá al sustentar el recurso de apelación sostuvo:

"No es posible afirmar la falla del servicio de parte de la administración por una conducta de agente suyo, que está siendo investigada penalmente, antes de que la justicia penal decida, dada la prelación que ésta tiene, si dicho agente de la administración demandada administrativamente fue o no autor del daño, o, en otros términos, si el daño cuyo resarcimiento se reclama tuvo por causa a ese agente o, por el contrario, obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor, a la intervención de un tercero o a culpa de la víctima.

"La jurisdicción contencioso administrativa se ha empeñado aquí en calificar los hechos y en atribuir la autoría y la responsabilidad de ellos al agente, empleado de la Empresa de Teléfonos, sin esperar la decisión penal, contra lo que me atrevo a señalar como de lógica elemental, en la necesidad de evitar sentencias contradictorias: Una de la justicia administrativa declarativa de la autoría del agente y de responsabilidad consiguiente de la administración, y otra de la justicia penal que pueda declarar que el accidente y la muerte en él del señor Prieto obedeció no al comportamiento del conductor del campero, sino a la accón de un tercero o a un caso de fuerza mayor o fortuito.

"Insisto en el anhelo de distinguir entre la calificación moral o política del supuesto autor del daño, dependiente de la administración, y la autoría o causa de los hechos en que se originó el daño. Como también en la prelación evidente que el ordenamiento penal, de rango superior, le ha otorgado a la decisión jurisdiccional de esa rama, para, cuando menos, evitar una decisión prematura y probabilidades de contradicción en cuanto a la causa del daño, punto definitivo para vincular la responsabilidad de la administración.

"Pero, aún en el supuestos de que la jurisdicción administrativa, o la civil en su caso, pudiera considerarse autorizada para juzgar por sí la responsabilidad de la parte demandada, haciendo caso omiso de la presencia de proceso penal pendiente de fallo y de la prejudicialidad penal, acontece que la sentencia del Tribunal incurre en yerros que habrían de ser corregidos, a saber:

"No tuvo en cuenta la limitación de la pretensión de la parte demandante en materia de los llamados perjuicios materiales, *rectius* patrimoniales, hecha en su libelo: $ 3.524.374.80, de modo de trazar de plano, preventivamente, un límite para evitar una decisión *ultra petita.*

"Señala caprichosamente una cuarta parte de los ingresos del occiso como aquello destinado por él a sus gastos personales, o, mejor dicho, les atribuye a las demandantes el 75% de los ingresos de su cónyuge y padre, sin fundamento posible alguno, suplantando a las demandantes o dispensándolas de la carga probatoria del perjuicio y la cuantía, que pesa sobre todo demandante en acción de responsabilidad, a quien incumbe, valga repetirlo, probar el perjuicio y la cuantía del mismo, para obtener sentencia favorable, sin que el juez pueda intuitivamente hacer la asignación parcialmente, esto es, en términos de favor, sentimental o pasionalmente.

"Volviendo a los denominados perjuicios materiales, y sin perjuicio de que haya de demostrarse el monto de los ingresos del cónyuge y padre difunto para hacer las operaciones matemáticas faltantes, es ineludible tener presente que la demanda limita la alegación a $ 10.877.70, tope que la jurisdicción no puede eludir.

"La demanda pretende que se pague la totalidad del sueldo de Prieto durante los 27 años que según ella tenía de vida probable cuando ocurrió su muerte accidental, como si la edad de las personas a la sazón dependientes de él no tuviera relevancia alguna, para determinar

algo elemental e ineludible: Que los alimentos requieren como presupuesto conceptual la supervivencia del alimentario, su necesidad real y la obligación del alimentante de suministrárselos. ¿O es que la vida probable de la cónyuge carece de importancia, o es que los hijos, así hayan llegado a la mayoridad siguen de por sí teniendo derecho a alimentos, bajo el nombre de indemnización de perjuicios, simplemente por la defunción accidental del alimentante?

"8. No sobra repetir que la parte demandante no puede solicitar modificación de la sentencia, dado que no apeló de ella y que está prohibida la *reformatio in pejus*. O sea que, en materia de daño moral, las demandantes que se conformaron con la sentencia al no apelar de ella en tiempo, no puede ahora pedir que se la modifique para ampliar el monto de lo asignado en su favor. Y, en materia de daño patrimonial. tampoco cabe solicitar la condena en concreto por quien se conformó con la condena en abstracto y con los atenuantes comentados, atrás, al no haber recurrido oportunamente de ella".

La parte actora, no apelante, en su alegato de instancia trae a colación un antecedente jurisprudencial (proceso Benjamín Villamil contra la Empresa de Teléfonos) basado en los mismos hechos que se narraron en el libelo introductorio; y pide que se condene a la demandada al pago de los perjuicios materiales y morales solicitados en la demanda.

Para la Sala la sentencia deberá ser confirmada, en lo fundamental. Se estima que el estudio cumplido por el *a quo* se ajustó a derecho.

Analizado el acervo probatorio, se concluye que resultaron plenamente establecidos los supuestos de la responsabilidad, o sea el hecho dañoso constitutivo de falla del servicio, el perjuicio sufrido por los demandantes; y la relación de causalidad entre aquél y éste.

En este eorden, se observa:

a) La colisión de los vehículos.

Se comprobó que el día 7 de julio de 1979 se produjo un accidente de tránsito en la calle 13 con la carrera 68B. Chocaron allí el bus del Expreso Cundinamarca de placas SB-1912 y el campero de la Empresa de Teléfonos de Bogotá de placas EZ-0645, conducido este último por un empleado al servicio de la citada entidad (a fl. 88, C. Nº 9). Figura en el expediente la tarjeta de propiedad de este automotor (a fls. 28 y 125 del mismo cuaderno);

b) La conducta del chofer oficial.

Se puso en evidencia con el mismo acervo probatorio que la colisión se debió a imprudencia o culpa del señor Moisés Piedrahita, conductor al servicio de la empresa, quien lo conducía por la calle 13 hacia el oriente. Sobre el punto las declaraciones trasladadas de los señores Edgar Fabio Arias G. (al fl. 178), uno de los pasajeros del bus, Olga Elvira Rodríguez García (al fl. 262) y Alfredo Tauta (al fl. 265), no dejan dudas cuando afirman que el bus viajaba a velocidad normal; que el campero venía a velocidad alta y en contravía (por el carril equivocado);

c) La muerte del señor Prieto L.

Muestra el proceso que en ese accidente perdió la vida el señor Cristóbal Prieto Leguizamón (ver certificado de defunción a folio 19 del cuaderno número 1 y de levantamiento de cadáveres a folio 21);

d) Los demandantes, damnificados.

Se estableció que del mencionado señor Prieto dependían económicamente las siguientes personas: Su cónyuge, Ana Elvia Patiño vda. de Prieto; y sus hijas menores Fabiola Jeanet, Nelly Judith, Blanca Flor, Jaqueline y Ana Marcela Prieto P.

En el expediente obran los certificados que acreditan los mencionados estados civiles, o sea el matrimonio del señor Prieto L., con la señora Ana Elvia Patiño (al fl. 11 C. Nº 1); y el nacimiento de los citados hijos, en su orden, a folios 12, 15, 16, 14 y 13 del mismo cuaderno.

Sobre la dependencia económica de los damnificados con el señor Prieto deponen los testigos María Rosalba Gallego y Rosalbina Monroy, a folio 161 del cuaderno principal;

e) La actividad económica del señor Prieto L.

Se demostró que el señor Cristóbal Prieto L., trabajaba al servicio de Gaseosas Colombianas y que su salario mensual promedio ascendía, a la fecha de su deceso, a $ 10.877.70 (ver constancia de la mencionada sociedad, a folio 17 del cuaderno principal).

Los puntos que se dejan reseñados le permitieron al Tribunal declarar la responsabilidad de la entidad pública demandada. Se presentó una evidente falla del servicio. Un empleado oficial, conduciendo un automotor de la entidad demandada, en contravía, causó la tragedia.

No se comprobó dentro del proceso ninguna causal exculpativa.

Estima la Sala que sobra insistir en el problema de la prejudicialidad porque él fue objeto de debate y decisión concreta durante el trámite procesal, con la conformidad de esta misma Sala. Al respecto se señalan los autos de octubre 28 de 1983 y septiembre 14 de 1984.

Los perjuicios.

El fallo recurrido impuso condena de perjuicios en abstracto tanto para los morales como los materiales.

Si bien las razones justificativas de la condena *in génere* para materiales son serias y atendibles, con las precisiones que se indicarán más adelante, no sucede igual con los perjuicios morales, los que, en principio, no requieren la liquidación incidental regulada en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Aunque en la parte resolutiva no quedó explícita tal condena, la Sala considera que en la forma como quedó redactado este extremo no existe duda de que la condena por perjuicios morales se hizo en concreto. Para corroborar este aserto se transcriben, en su orden, el ordinal 5º de las pautas para la liquidación (al fl. 331 del cuaderno

principal) y el ordinal 3º de la parte resolutiva del fallo de primera instancia (al fl. 333). Así:

"5º Los perjuicios morales subjetivos, se reconocerán en las siguientes cantidades: Para la señora Ana Elvia Patiño vda. de Prieto, cónyuge sobreviviente de la víctima, el valor que tengan un mil (1.000) gramos oro, a la fecha de la liquidación; trescientos (300) gramos oro para cada una de las hijas menores de 18 años y mayores de 7 años, y doscientos cincuenta (250) para las menores de siete al momento de la muerte del padre".

"*Tercero.* La liquidación de los perjuicios, se hará mediante el procedimiento establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia".

Se desprende de lo transcrito que esta condena no tiene nada de abstracta. Basta que el Banco de la República certifique el valor del gramo oro a la fecha de esta sentencia para cuantiar exactamente su valor.

Como la parte actora no apeló, y no existen motivos para su rebaja, ya que en cierta forma se siguió la jurisprudencia tradicional de la Sala, el punto será inmodificable. Para evitar dudas en la parte resolutiva se incluirá esta precisión.

La sentencia también deberá precisarse en cuanto al tope máximo de los perjuicios materiales solicitados. El *petitum* es claro a ese respecto: La condena no podrá exceder de $ 3.524.374.80. Para efectos de la liquidación deberá tomarse el salario que devengaba el señor Prieto, o sea la suma de $ 10.877.70 mensuales. Se modificará así la pauta primera, ya que se estima que este extremo resultó bien acreditado.

Además, deberá descontarse de la cantidad resultante por este concepto lo que Gaseosas Colombianas o el Instituto de Seguros Sociales le haya reconocido a la viuda y a sus hijos a título de indemnización y/o seguros por la muerte del señor Cristóbal Prieto L.

La pauta del ordinal 2º, el porcentaje del 25% para gastos personales, es una presunción judicial que se deduce de lo que comúnmente sucede. Su prueba mediante medios idóneos y preciosos es prácticamente imposible. Es un porcentaje ya jurisprudencialmente acatado, máxime cuando se trata de ingresos bajos.

Por lo expuesto, la Sección III, del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Confírmase la sentencia de julio 29 de 1985 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con las siguientes precisiones:

a) Los ordinales 1º, 2º y 4º quedarán en su forma inicial;

b) El ordinal 3º quedará así:

Tercero. La liquidación de los perjuicios materiales, cuya condena se hace en abstracto, deberá efectuarse con sujeción al trámite seña-

lado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y de acuerdo con las pautas señaladas en la parte motiva del fallo apelado, con las precisiones introducidas en esta providencia;

c) La condena por perjuicios morales, en concreto, será la indicada en la parte motiva de la sentencia recurrida, o sea: El equivalente en pesos colombianos de 1.000 gramos oro para la señora Ana Elvia o Elvia Patiño vda. de Prieto; el equivalente de 300 gramos oro para sus hijas Fabiola Jeannet, Jaqueline, Nelly Judith y Blanca Flor Prieto P.; y el equivalente de 250 gramos oro para Ana Marcela de los mismos apellidos.

La equivalencia se tomará con base en el certificado del gramo oro que expida el Banco de la República a la fecha de este fallo.

2º Los pagos deberán cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. La condena hecha en concreto (literal c del ordinal 1º de esta resolutiva), a partir de la ejecutoria de este proveído. La relacionada con perjuicios materiales (literal b del mismo ordinal) a partir de la ejecutoria del auto que cierra el incidente de liquidación de la condena.

Las cantidades así reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. POR DAÑO ESPECIAL. CONSTRUCCION DE PUENTE ELEVADO que conllevó al rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

EL DAÑO O PERJUICIO (en el caso sub júdice*) no surge de una falla del servicio (la actividad, de la entidad demandada fue legítima) sino del hecho de habérsele impuesto a los demandantes una carga especial en beneficio de la comunidad. Carga que rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (forma del principio general de la igualdad ante la ley).*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4493. Apelación. Actor: Bertha María Martínez Zamudio.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 15 de febrero de 1984, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El recurso fue interpuesto por el Distrito Especial.

Se explica la demora, porque el expediente se quemó en el incendio del Palacio de Justicia y hubo de ser reconstruido. En aquél entonces la ponencia definitoria estaba siendo objeto de análisis por la Sala.

Vencido el proceso de reconstrucción (iniciado a instancia de la parte demandada) tal como lo da a entender el auto de noviembre 18 del presente año, es oportuno entrar a decidir ya que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

En el fallo en cuestión decidió el *a quo*:

"1. Deniégase la declaración de la excepción formulada por la parte demandada.

2. Declárase al Distrito Especial de Bogotá, responsable por los perjuicios causados a los actores con motivo de la construcción del puente vial elevado de la intersección de la calle 53 con carrera 30.

3. A título de indemnización de perjuicios, condénase al Distrito Especial de Bogotá a pagar las siguientes sumas de dinero a favor de los actores, así:

a) A la señora Bertha María Martínez Zamudio la suma de seiscciento diecinueve mil seiscientos cinco pesos moneda corriente ($ 619.605.oo);

b) A la señora Nelly Rivera de Sarmiento la suma de un millón treinta y dos mil setenta y seis pesos moneda corriente ($ 1.032.076.oo);

c) A los señores Nadín Ospina Morales y Lucía Valbuena de Ospina la suma de ochocientos sesenta mil ochenta pesos moneda corriente ($ 860.080.oo);

d) A los señores Keimpe B. Visser y Nelly Margarita Alvarez de Visser la suma de quinientos dieciséis mil cuarenta y ocho pesos moneda corriente ($ 516.048.oo).

4. Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

5. El Distrito Especial deberá dar cumplimiento a lo resuelto en esta sentencia dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

6. Remítase para consulta ante el honorable Consejo de Estado".

En el libelo de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

"1. El Distrito Especial de Bogotá obtuvo del Concejo autorización para construir, entre otros, el puente de la calle 53 por carrera 30 o intersección de la calle 53 por avenida Ciudad de Quito.

"2. El contrato para dicha obra fue adjudicado al Consorcio Pinski-Techint, quien la inició a mediados del año de 1980 y la dio al servicio el día 23 de diciembre del mismo año.

"3. La enorme mole de hierro y concreto, que algún alto funcionario del Distrito se atrevió a calificar como 'ornamental' vino a quedar, prácticamente incrustado dentro de nuestros apartamentos, con los gravísimos problemas y molestias que ello implica, que para mencionar algunos, están los de una verdadera servidumbre de vista, el ruido permanente de los vehículos que se proyecta directamente a los edificios aledaños, el alto grado de contaminación por el gas carbónico de los carros, y lo más grave, el riesgo contínuo de un accidente por la salida de algún automotor de los que se desplazan a grandes velocidades, del puente que vendría a caer como bólido mortal dentro de nuestro edificio, como ya ha sucedido en otros puentes. Esto ha originado una permanente zozobra y un estado de angustia y alerta para los vecinos del puente, quienes no pueden más que ver con estupor ese mamotrético monumento, si se me permite la expresión, al derroche y despilfarro en la política distrital de las obras públicas.

"4. Esa permanente angustia, zozobra y preocupación de los moradores vecinos del puente de la calle 53 se traduce en un daño moral que debe ser indemnizado con el correspondiente resarcimiento de perjuicios morales subjetivos, en la forma solicitada.

"5. Cuando antes del puente, el metro cuadrado de construcción en el sector se estaba cotizando aproximadamente a $ 50.000.oo, hoy por hoy, nadie quiere comprar en dicho sitio y el metro cuadrado no

está valiendo más de $ 25.000.oo; o sea que se ha presentado una desvalorización del 50% en el precio del metro cuadrado de construcción.

"6. Hubiese sido más conveniente construir el puente por la carrera 30 que por la calle 53, pero el señor Alcalde Mayor con un desconcertante sentido de autosuficiencia se empecinó en incrustarlo por la calle 53, que es una vía demasiado angosta para tan descomunal mole.

"7. La Universidad Nacional de Colombia en un ponderado y enjundioso estudio relacionado con los puentes de Bogotá, recomendó no construir el puente por la calle 53, recomendación que no fue atendida por el señor Alcalde Mayor y sus colaboradores más allegados.

"8. El estado de inseguridad en las zonas aledañas al puente y en las partes debajo de su arco, ha llegado a extremos alarmantes y demasiado graves por carencia absoluta de vigilancia policial. A diario y a toda hora se presentan atracos a mano armada, escalamiento y robos a los apartamentos, robo de vehículos, etc., etc.

"9. Las áreas debajo del arco del puente no son más que refugio de maleantes de la peor laya, albergue de locos y por si fuera poco se han tornado malolientes basureros y baños públicos a la intemperie; es un estado de cosas verdaderamente deprimente y que es el reflejo fiel del espíritu improvidente y del desgobierno distrital.

"10. Los vecinos no solicitaron la construcción del puente.

"11. La obra se realizó por orden y gestión del Distrito Especial.

"12. La señorita Bertha María Martínez es propietaria del apartamento 101 del edificio de la calle 53 número 28A-05, denominado edificio Tabaré y su escritura es la número 2110 de 5 de mayo de 1980 de la Notaría 6ª de Bogotá.

"13. La señora Nelly Rivera de Sarmiento es la propietaria del apartamento 201 del mismo edificio y su escritura es la número 5935 de 2 de septiembre de 1970 de la Notaría 7ª, de este Circuito.

"14. Nadín Ospina Morales y Lucía Valbuena de Ospina son los propietarios del apartamento 301 del mencionado edificio y su escritura es la número 4473 de septiembre 15 de 1978, Notaría 7ª de este Circuito.

"15. Los esposos Keimpe Visser y Nelly Margarita de Visser son los propietarios del apartamento 401 edificio Tabaré y su escritura es la número 8771 de diciembre de 1970, Notaría 7ª de este Círculo.

"16. El apartamento 101 tiene un área privada total de 63.225 metros cuadrados.

"17. Los apartamentos 201, 301 y 401 tienen, cada uno, un área privada de 132, 32 metros cuadrados".

Para tomar la decisión que se transcribió atrás, expuso el *a quo*, luego de los análisis doctrinario y probatorio, entre otras, las siguientes conclusiones:

a) Que efectivamente la construcción del puente elevado de la calle 53, causó deterioro urbano en la zona, y afectó en forma especial al inmueble distinguido con el número 28A-05 de la calle 53. Y que en contraposición, la comunidad recibió un beneficio de carácter general;

b) Que el presente asunto pone de presente una responsabilidad por falta o por daño especial, en el que se sanciona el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas;

c) Que como consecuencia de su rompimiento nació la obligación de indemnizar a favor de Bertha María Martínez Z., Nelly Rivera de Sarmiento, Lucía Valbuena de Ospina, Nadín Ospina Morales, Keimpe B. Visser y Nelly Margarita A. de Visser;

d) Que el perjuicio resultó bien acreditado, mediante prueba pericial, razonada y bien fundamentada;

e) Que si bien los perjuicios de orden material se comprobaron adecuadamente, no sucedió igual con los morales, "pues se estima que la zozobra, intranquilidad y demás factores que aduce como causa, están representados en el menoscabo de la calidad habitacional de los inmuebles, y esto se refleja directamente en su desvalorización o su rentabilidad, lo cual ya fue objeto de reconocimiento. Además esas circunstancias pueden predicarse para los habitantes de los apartamentos sean éstos sus propietarios o arrendatarios".

Durante el trámite de la segunda instancia, tal como se desprende del expediente reconstruido, la señora fiscal colaboradora emitió su concepto de fecha 26 de noviembre de 1984, en el que solicita la confirmación, en todas sus partes, de la sentencia dictada por el Tribunal. Así, en dicha vista se anota:

> "Esta agencia del Ministerio Público, comparte en su integridad la sentencia recurrida y considera innecesario, por tal razón, hacer nuevo análisis del problema planteado, toda vez que está demostrado dentro del proceso el hecho del 'daño especial', ocasionado por el Distrito Especial de Bogotá, con la construcción del puente de la avenida 30 con la calle 53 de Bogotá. Quedó también demostrado el daño, o perjuicio que sufrieron los actores.
>
> "Para tal efecto, y como acertadamente lo afirma el Tribunal, es preciso tener en cuenta el dictamen pericial visible a los folios 297 y siguientes del expediente, en el que los señores peritos, asesorados por un experto en avalúos a finca raíz, hacen una evaluación de los citados inmuebles, que consiste en señalar el precio anterior a la construcción del referido puente, y el que pudieran tener después de la construcción de éste, para finalizar señalando concretamente el valor de tal diferencia, que es en últimas la suma que se debe reconocer como perjuicio a los actores.
>
> "Esta suma será pues, la tasación del perjuicio que cada uno de los actores recibió con la obra realizada por el Distrito Especial, sobre la cual no habrá lugar a actualización alguna de la moneda, toda vez que tal actualización no fue solicitada en la demanda.

"Lo brevemente expuesto, es suficiente a esta agencia del Ministerio Público, para solicitar a la honorable Sala, confirme en todas sus partes la sentencia apelada".

Para la Sala la sentencia merece ser confirmada. No existe razón alguna para variar sus planteamientos. El análisis del acervo probatorio está ajustado a la sana crítica, y muestra que el perjuicio causado no sólo fue cierto sino real.

Se puso en evidencia que la obra del puente de la 53 con la carrera 30 produjo un daño de carácter excepcional a los dueños del inmueble aledaño a dicha obra (número 28A-05 de la calle 53). Daño o perjuicio que no surge de una falla del servicio (la actividad de la entidad demandada fue legítima) sino del hecho de habérsele impuesto a los demandantes una carga especial en beneficio de la comunidad. Carga que rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (forma del principio general de la igualdad ante la ley).

La Sala estima que el apoyo jurisprudencial citado por el *a quo* conserva su vigencia, ya que él no hace otra cosa que relievar el postulado de que interés general debe prevalecer sobre el particular.

Fuera de las sentencias citadas y transcritas en parte en la motivación del fallo recurrido la Sala menciona el fallo del Banco Bananero en el que se hace la presentación de la tesis doctrinaria del daño especial con sus alcances, precisiones y exculpaciones (Sentencia de fecha 28 de octubre de 1976. Ponente: Doctor Valencia A.).

No encuentra tampoco la Sala razones para no acoger las apreciaciones probatorias hechas por el Tribunal. Tanto la inspección judicial como el dictamen pericial constituyen plena prueba no sólo de la existencia del perjuicio sino de su magnitud. Y se refuerzan sus conclusiones con las declaraciones de los testigos que son contestes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Así mismo nada hay que objetar en torno a la autoría de la obra; a los beneficios generales que ella reporta y a los perjuicios particulares que implicó para los demandantes.

Las cuantías señaladas en la parte resolutiva deberán mantenerse, porque no existe razón alguna para su variación en más o en menos. En primer lugar porque la parte actora no apeló; es decir, porque con su conducta dio a entender que quedaba conforme con la condena, así ésta no hubiera sido la pretendida. En segundo, porque no se dio ningún elemento de juicio que permitiera rebajar el monto señalado y justificara la apelación hecha por la demandada.

La legitimación en la causa de la parte actora resultó bien acreditada, ya que cada uno de los litis consortes demostró adecuadamente ser dueño de los inmuebles afectados con la obra pública. Con la demanda se adjuntaron los documentos de rigor.

Lo precedente muestra que el fallo recurrido será confirmado en todas sus partes, menos en lo que toca con el numeral 5 porque la norma allí citada, referida al cumplimiento del fallo, fue derogada por el nuevo Código Administrativo (arts. 176 y 177). De tal suerte que se modificará dicho numeral para sujetarlo a la ley nueva.

Por lo expuesto y de acuerdo con la fiscalía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia de 15 de febrero de 1984, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en todas sus partes, con la siguiente modificación en su numeral 5, el que quedará así:

5. El pago deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. La cantidad reconocida devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 29 de enero de 1987.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

FONDO VIAL NACIONAL.—

1º Creación.

2º Finalidad de la entidad.

3º Características de dicha persona jurídica.

4º Administración y representación.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.

ORGANO ESTATAL QUE DEBE COMPARECER. OPERACIONES, HECHOS U OMISIONES.

NACION. PERSONERIA JURIDICA (Ley 50 de 1887).

DEMANDA CONTRA EL ESTADO. RESPONSABILIDAD DEL ENTE ESTATAL RESPECTIVO.

REPRESENTACION DE LAS PERSONAS DE DERECHO PUBLICO Y PRIVADAS CON FUNCION PUBLICA (Art. 149 del Decreto 01 de 1984).

1º Demandantes y demandados.

2º Representación de la Nación.

3º CENTROS DE IMPUTACION JURIDICA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., cinco de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 4092. Indemnizaciones. Actor: Tulio Enrique Carrero Becerra. Demandado: La Nación.

I

Tulio Enrique Carrero Becerra y Nora Soto de Carrero, mayores y vecinos de la ciudad de Cúcuta, por conducto de procurador judicial legalmente constituido, demandaron a la Nación para que, previa la tramitación de ley, se hicieran las declaraciones y condenas que se precisan en el *petítum*, con apoyo en los hechos que se enlistaron en la demanda. Como no se observa causal de nulidad que vicie la actuación, se procede a dictar el fallo correspondiente.

Para una mejor comprensión del ásunto, se transcribe a continuación lo pertinente de la misma.

Petitum:

El apoderado de la parte actora lo concretó así:

"1ª Que se declare a la Nación responsable por los daños ocasionados a mis poderdantes como consecuencia de trabajos públicos adelantados en la Avenida Cero de la ciudad de Cúcuta, daños consistentes en la desvalorización del inmueble de su propiedad localizado en la Avenida Cero número 21-38 de la ciudad de Cúcuta.

"2ª Que se declare responsable a la Nación por los perjuicios de toda índole ocasionados a mis poderdantes durante el tiempo de construcción de la obra tales como: Obstrucción de acceso al garaje, deterioro de los vehículos por permanecer forzosamente a la intemperie, deterioro de los bienes muebles debido al polvo y la suciedad causados por las obras en marcha, daño de antejardines y aceras, daños al inmueble mismo y los demás que se acrediten en el juicio.

"3ª Que se declare responsable a la Nación por los perjuicios morales subjetivos y objetivados causados a cada uno de los demandantes, en suma equivalente a mil gramos de oro, al valor o cotización que certifique el Banco de la República para la época del fallo.

"4ª Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que se produzca en este proceso dentro del término previsto en el artículo 121 de la Ley 167 de 1941. Vencido el primer mes a partir de la presentación de la cuenta respectiva comenzarán a causarse intereses a la tasa del 24% anual".

II

Causa petendi:

Los hechos que sirven de apoyo a las pretensiones de los demandantes se presentaron así:

"1. Los poderdantes son dueños de un inmueble consistente en un lote de terreno que tiene 480 metros cuadrados de superficie, junto con una casa de habitación en él construida, inmueble localizado en la Avenida Cero número 21-38 de la ciudad de Cúcuta, en el denominado Barrio Blanco.

"2. El inmueble pertenece, por partes iguales, a Tulio Enrique Carrero Becerra y Nora Soto de Carrero según adjudicación que se les hiciera dentro del juicio de separación de bienes adelantado ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta, cuya sentencia se protocolizó mediante Escritura número 1377 otorgada el 10 de junio de 1980 en la Notaría Primera de Cúcuta.

"3. Los poderdantes han sido ininterrumpidamente, durante todo este tiempo hasta la fecha, poseedores del inmueble referido, que figura registrado a su nombre en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cúcuta con la matrícula inmobiliaria número 260-0006662.

"4. Los poderdantes han vivido en el citado inmueble (adquirido y mejorado con el esfuerzo y los ideales de quien busca un asiento óptimo y definitivo para su familia) con la satisfacción de comprobar que hicieron una magnifica inversión, dadas su privilegiada localiza-

ción y las comodidades de todo orden (privacidad, tranquilidad, seguridad, paisaje urbano) que implican residir en uno de los más exclusivos sectores de la ciudad.

"5. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte, *motu propio*, desde la capital de la República, sin consideración a los planes de desarrollo urbano ni al parecer de las autoridades de la ciudad de Cúcuta, apresurada y subrepticiamente, y con propósitos que en todo caso no coincidían con las necesidades prioritarias del Municipio, decidió (gracias al empeño singular que en ello puso el Ministro Enrique Vargas Ramírez) la construcción de un monumental puente elevado exactamente en el sitio más inapropiado de la ciudad: Sobre el río Pamplonita, saliendo de la Avenida Cero a la altura de la calle 21 e irrumpiendo en los jardines del 'Club Tenis' de Cúcuta.

"6. El Ministerio de Obras Públicas adjudicó la obra mediante licitación pública a una firma de contratistas de Cúcuta, quienes la iniciaron en el mes de julio de 1981 bajo la interventoría del Distrito de Obras Públicas Número 16, sin que hasta la fecha se haya concluido, no obstante que ya debería encontrarse en servicio, circunstancia que agrega penalidades adicionales a los vecinos, por tener que vivir indefinidamente en una situación mortificante supuestamente provisional.

"7. Los poderdantes presencian impotentes, desde hace ya casi dos años, el perezoso desarrollo de una obra que con estrépito incesante se adelanta en el antejardín de su casa, y que al concluir sólo les deparará (a través de las ventanas bloqueadas por la mole de concreto) el espectáculo del paso raudo y escandaloso de los automotores.

"8. Los daños ocasionados por estos trabajos, públicos a los intereses de los poderdantes son innumerables, pudiéndose clasificar así:

"a) Desvalorización del inmueble debido al deterioro urbano causado por los trabajadores públicos nacionales;

"b) Otros daños materiales, diferentes a la desvalorización, que vienen causándose desde el inicio de las obras.

"c) Daños morales.

"9. Indudablemente la obra descrita causa un típico deterioro urbano, entre otras por las siguientes razones: Pérdida de la tranquilidad por intensificación del tránsito y la vibración, pérdida de la seguridad (mayor riesgo de accidentes), pérdida de la salubridad (contaminación atmosférica y acústica, acumulación de basuras, etc.) pérdida de la privacidad (presencia de vagos y tránsito de extraños), pérdida de las comodidades y cualidades urbanísticas reconocidas del sector (facilidades de acceso, vista, amplitud), etc.

"10. El deterioro urbano descrito tiene como principal consecuencia patrimonial para los demandantes la depreciación del inmueble de su propiedad, en proporciones nada despreciables, por cierto; según estimación hecha hace ya varios meses, el valor del metro cuadrado de construcción, que era de $ 24.000.oo, había descendido por las obras a $ 11.000.oo, y si la propiedad valía antes de las obras $ 7.000.000.oo, al concluir el puente no podría venderse en más de $ 3.000.000.oo.

"11. Otros daños materiales han sido los siguientes: Bloqueo de acceso a los garajes, deterioro consecuente de los vehículos propiedad de los mandantes, deterioro de los muebles por el polvo y la suciedad, daño total de antejardines, prados y andenes, daños en cimientos y paredes de la casa, etc.

"12. El padecimiento moral es innarrable. Durante la obra el estado de zozobra y de angustia ha sido permanente, debido al ruido constante, a la presencia de maleantes, a la ocurrencia de robos, a la incidencia de enfermedades por el ruido de la construcción y el abundante polvo que producen máquinas y volquetas, a la absoluta imposibilidad de mantener arreglada la casa, a la gravísima perturbación de la vida personal, familiar y social, a que los jardines exteriores se han convertido en merendaderos y lugar de reposo para los obreros, y en sitio de depósito de maquinaria y de materiales, etc.

"13. Los mandantes no solicitaron la construcción de esta obra, que es por todas sus características un 'trabajo público nacional' y que, no obstante el dudoso beneficio que pueda representar para (sic) comunidad, es, por el ruinoso efecto que tiene sobre los intereses de los demandantes, agente de un *deterioro urbano*, de otros daños materiales y de graves daños morales".

II

Alegato presentado por el apoderado de la parte demandada:

A folios 120 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el alegato presentado por el apoderado de la Nación, en el cual se lee:

"En el proceso se solicita la declaración de responsabilidad de la Nación por la pretendida desvalorización que los trabajos de construcción del puente de la Avenida Cero de Cúcuta causaron en el inmueble de la Avenida Cero número 21-38 de Cúcuta.

"Para el efecto se adelantó el trámite respectivo ante el Consejo de Estado y en el cual se aportaron pruebas por parte de las partes intervinientes de las cuales podemos colegir lo siguiente:

"No se estableció si hubo o no perjuicio de tipo material en el inmueble citado, los testimonios son insuficientes para demostrar este hecho fundamental de las pretensiones de la demanda.

"No hubo diligencia de inspección judicial sobre el inmueble, toda vez que la parte interesada no asistió a la diligencia programada, y no se realizó el dictamen pericial para determinar si efectivamente hubo o no el daño y cuál fue su cuantía.

"En los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado se debe establecer el daño, la actividad u omisión de la administración y la relación de causalidad entre el daño y la actividad u omisión. En este proceso no se logró demostrar que hubo daño en el inmueble. Por otra parte fue el Fondo Vial Nacional la persona jurídica que construyó el puente, pero no fue vinculada debidamente al proceso, de modo que se integró el litisconsorcio necesario, por lo cual el proceso falla por los aspectos aquí mencionados.

"El demandante no aportó su declaración de renta tendiente a demostrar que efectivamente hubo una pérdida o disminución en su capital, tal como lo ordenan las normas sobre la materia.

"La declaración visible al folio 66 de Silvio Zuluaga Rodríguez permite deducir que los aspectos anteriormente señalados son ciertos.

"No hay manera de establecer que el inmueble sufrió una desvalorización, ni que ésta se produjo como consecuencia de los trabajos realizados por la Nación, por ello el Consejo de Estado deberá declarar en la sentencia que no se probaron los supuestos de hecho de la demanda; y que de otra parte no se integró el litisconsorcio de la parte pasiva".

III

Conducta de la parte actora:

El apoderado de la parte actora no formuló alegato alguno para sustentar la valoración jurídica y fáctica que hizo en la demanda.

IV

Vista fiscal:

A folios 123 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el concepto rendido por la Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en el cual, y bajo el rubro *consideraciones destaca*:

"Revisado y estudiado el expediente, este Despacho observa primeramente lo siguiente:

"El presente negocio ha sufrido una especie de abandono por parte de los demandantes. Lo anterior puede explicarse si se tiene en cuenta que en otros procesos de la misma naturaleza, en los cuales se estaba tramitando una acumulación, se presentó memorial de desistimiento.

"Haciendo un recuento tenemos:

"Al folio 114 aparece un oficio por el cual se solicitó el expediente para efecto de ser acumulado. Al folios 114 vuelto el Consejero sustanciador ordenó por auto de julio de 1985, el envío del expediente al Despacho del Consejero Bentacur Jaramillo quien tramitaba la acumulación. El negocio permaneció en Secretaría por más de 6 meses y sólo en mayo de 1986 volvió nuevamente al Despacho del Consejero sustanciador. En Secretaría se le anexó una fotocopia del auto de abril 15 de 1986 dictado por el Consejero Carlos Betancur Jaramillo que decidió sobre una solicitud de desistimiento en los procesos acumulados y allí señalados. Como en el desistimiento no se incluía el presente proceso, radicado con el número 4092, se ordenó continuar con su trámite. Fue así como en junio de 1986 se ordenó el traslado a las partes para alegar, sin que los demandantes hayan hecho uso de ese traslado.

"Ahora bien, revisado el expediente se observa una marcada ausencia de prueba y una actitud despreocupada por parte de los demandantes, esto último se refleja en el acta de la diligencia de inspección ocular que aparece anexada al folio 112 en donde se dejó constancia que el

apoderado de la parte actora, quien era directamente el interesado en esa prueba, no concurrió a la diligencia.

"En la demanda se afirma que los propietarios del inmueble supuestamente afectado por los trabajos públicos, venían habitándolo y en concordancia con lo anterior mencionan como parte principal de los muchos perjuicios recibidos, la pérdida de la tranquilidad, de la seguridad, de la privacidad, el bloqueo de acceso a los garajes, el deterioro consecuente de los vehículos de propiedad de los demandantes, el deterioro de los muebles por el polvo y la suciedad, etc., etc.

"Las afirmaciones anteriores resultan no ser ciertas, si se tiene en cuenta que los propietarios del inmueble no lo habitaban, sino que desde tiempo atrás en el año de 1979 venía siendo arrendado. Así lo prueba la providencia de separación de bienes (fls. 5 y ss.) y las únicas dos declaraciones que aparecen a folios 63 y siguiente del expediente.

"Resulta pues temerario, por decir lo menos, que se pretenda reclamar por unos daños que no se les ocasionaron a los actores.

"En relación con los otros perjuicios que se dice sufrió el inmueble, por culpa imputable al representante de los demandantes tampoco se pudieron probar.

"En el presente caso pues, no existe prueba suficiente que permita acceder a las peticiones solicitadas.

"Finalmente vale la pena anotar, que en la demanda se solicitó únicamente que se hicieran unas declaraciones de responsabilidad sin que se pidiera ningún tipo de condena o pago de perjuicio (ver peticiones de la demanda a fls. 15 y 16).

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la honorable Sala, se nieguen las súplicas de la demanda y se condene en costas a los actores".

V

Consideraciones de la Sala:

A) Como se puede apreciar por la simple lectura de los hechos que estructuran la *causa petendi*, el apoderado de la parte actora dirigió sus pretensiones contra *la Nación* para que se la declarara responsable de los daños ocasionados a sus poderdantes con ocasión de los trabajos públicos adelantados en la Avenida Cero de la ciudad de Cúcuta, consistentes en la desvalorización del inmueble que se determina en el punto primero de la *causa petendi*. Sólo en los puntos quinto y sexto de ésta se indica que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte decidió la construcción de un monumental puente elevado y que adjudicó la obra mediante licitación pública a una firma de contratistas de Cúcuta, quienes la iniciaron en el mes de julio de 1981 bajo la interventoría del Distrito de Obras Públicas Número 16;

B) De las muy pocas cosas que se probaron dentro del proceso aparece que por medio de la Resolución número 6087 de quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y uno (1981), el Ministerio de

Obras Públicas y Transporte, como representante del Fondo Vial Nacional, adjudicó el contrato para la construcción del Nuevo Puente Elías M. Soto y sus Accesos en la Ciudad de Cúcuta, al Consorcio integrado por las personas naturales: Josué Desiderio Granados, Silvio Zuluaga y Efraín Barros Cabas (ver texto de la resolución en el Anexo número 1). Igualmente, que el día tres (3) de septiembre del mismo año se suscribió el contrato respectivo, lo cual hizo el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes "...en representación del Fondo Vial Nacional..." (ver documento en el anexo en antes citado);

C) Dentro del marco de circunstancias del caso que se dejan precisadas en los literales anteriores, fácil es concluir que la demanda se dirigió contra *la Nación*, de una manera general, sin indicar el centro de imputación de la administración que, siendo titular de personería jurídica por mandato de la ley, deba responder de la conducta antijurídica. En efecto: El Fondo Vial Nacional fue creado por la Ley 64 de 27 de diciembre de 1967, reglamentada por el Decreto 878 de 20 de abril de 1979 y modificada por la Ley 30 de 1982. En el artículo primero de la normatividad citada en primer lugar se consagró:

"Con el propósito de mejorar y extender la red de carreteras, conservar y mejorar las vías fluviales y realizar con mayor eficacia la inversión en las mismas, créase el Fondo Vial Nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, encargado de atender a los gastos que demanden el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales, el estudio y conservación y mejoramiento de las vías fluviales y de auxiliar el Fondo Nacional de Caminos Vecinales". En el artículo 8º del mismo estatuto se definió que el Ministerio de Obras Públicas, a través de sus dependencias, tendrá su administración y representación legal. Pero es más: A folio 28 del Cuaderno número 1 aparece el acta que registra la diligencia de notificación personal de la demanda, la cual se hizo al señor Ministro de Obras Públicas y no a éste como representante del Fondo Vial Nacional, lo que explica que no se haya hecho por éste la *contemplatio domini* para vincular al Fondo Nacional de Caminos Vecinales. Esto indica que la relación procesal no se trabó con la entidad que legalmente estaba obligada a responder por los presuntos daños;

D) Para situaciones como la que se deja analizada la jurisprudencia de la Corporación ha sido reiterada en el sentido de predicar que:

"Cuando se persigue el resarcimiento por perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado, en verdad, resulta indispensable indicar el órgano estatal que debe comparecer ...Las operaciones, los hechos u omisiones, sin excepción, provienen o tienen su origen en un determinado órgano del Estado, que como tal es el responsable, precisamente, de repeler, a manera de defensa o por cualquier otro medio idóneo, cualquier reclamación indemnizatoria, por su comportamiento. Y es que el Estado debe ser defendido, y para que ello se logre, no es suficiente citar al Agente del Ministerio Público, sino que se requiere dirigir la acción contra el ente que se dice o señala como responsable. De no ser así, se llegaría a la peligrosa circunstancia que el Estado no tuviera la protección procesal necesaria para desvirtuar las afirmaciones de los demandantes, que reclaman cualquier falla o falta del servicio, con amparo del artículo 16 de la

Constitución Nacional... Pues bien, el Estado, encargado de prestar el servicio público, puede expresarse, tal como lo dispone el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, a través de la Nación, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, aun cuando, se ha distinguido, de manera preferencial, como la Nación. Sin embargo, al tratarse de precisar la responsabilidad no puede dejarse ese criterio amplio sin saber cuál es el ente que, en verdad, contrae el compromiso de asumir los efectos propios de la pretensión y las resultas del juicio.

"Y es que no es posible entender que el Estado sea condenado, por ejemplo, cuando no ha tenido ni puede tener, en los términos de la demanda, la concreción de la responsabilidad. Se podrá argüir, entonces, que para ello se notifica al Agente del Ministerio, trabándose, con plenitud la relación jurídico procesal. Pero no puede ser así, puesto que si se estima o considera que el Estado colombiano es responsable, tiene que referirse la responsabilidad en el ente estatal respectivo. De otra manera, se concederían ventajas a los demandantes, que no debe admitirse en esta clase de controversias. Por esa misma razón el nuevo Código Contencioso Administrativo, en el artículo 149 del Decreto 01 de 1984, recogió lo que doctrinariamente se sostenía, al consagrar:

"Representación de las personas de derecho público. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan.

"En los procesos contencioso administrativos, la Nación estará representada por el Ministro, jefe de departamento administrativo, superintendente, registrador nacional del estado civil, procurador o contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

"Sin embargo, el Ministro de Gobierno representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso y el de Justicia en lo referente a la Rama Jurisdiccional.

"En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto".

"Además, como ya se dijo atrás, la postura adoptada por el propio demandante de dirigir la pretensión contra el Estado colombiano, impide definir el ente público responsable" (Sentencia de agosto 9 de 1984. Exp. 2252. Actor: Olga Jaramillo de Trujillo. Consejero ponente: Doctor José Alejandro Bonivento. En el mismo sentido ver fallo de diciembre 7 de 1983. Expediente 2205. Consejero ponente doctor José Alejandro Bonivento);

E) En apoyo de la valoración jurisprudencial anterior baste agregar que la ley, por, razones de orden, ha creado sus propios centros de imputación jurídica como son los entes territoriales; los establecimientos públicos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las

sociedades de economía mixta, para no citar sino algunas de las más importantes, dotándolas de personería jurídica. En el derecho, personalidad significa ser sujeto de papeles previstos en la regulación jurídica, como lo enseña Luis Recasens Siches, quien además anota:

"La personalidad jurídica de los entes colectivos y fundaciones consiste en la unidad de imputación de una serie de múltiples conductas de ciertos hombres; conducta que el derecho no adscribe a los sujetos que las efectúan, sino que las atribuye a otro sujeto conceptual, construido por la norma. Este es el punto terminal de imputación de un determinado repertorio de relaciones jurídicas en las que intervienen diversas personas individuales, pero las cuales no son imputadas a dichas personas individuales, sino al mencionado centro conceptual de imputación, es decir, al ente colectivo en tanto que tal (a la corporación, la asociación, la sociedad o la fundación)" (Introducción a la Ciencia del Derecho. Editorial Porrúa S. A. 1981, pág. 157).

La anterior orientación doctrinaria y filosófica explica suficientemente que no se pueda llevar a un centro de imputación una conducta antijurídica con sus correspondientes sanciones si ese centro no es el indicado por la normatividad jurídica pues ello equivaldría, ni más ni menos, que a hacer responsable de los hechos o actos a quien no los ha realizado. Con esta orientación no puede funcionar el derecho pues sería generadora de caos y desorden;

F) Finalmente y para abundar en razones orientadas a darle fuerza de convicción al fallo, debe destacarse que en el caso en comento no sólo se demandó mal, como ya se anotó, sino que tempoco se probó lo esencial dentro del marco de los hechos que estructuran la *causa petendi*. La identificación del inmueble, requisito esencial para precisar si el que se alinda en el título aportado es el mismo que fue afectado con los trabajos públicos no se hizo, y ello por negligencia de la parte actora. Este proceso ha significado, pues, un desgaste de jurisdicción que como es apenas natural no redunda en beneficio de una pronta 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:

Declararse inhibido para decidir en el fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Julio César Uribe Acosta, Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

VENTA DE PREDIOS RUSTICOS.—

¿Cómo puede verse? (Art. 1887 del C. C. C.).

OCUPACION PERMANENTE Y TRANSITORIA DE INMUEBLE POR TRABAJOS PUBLICOS.

1º Indemnización (art. 86 del Decreto 01 de 1984. Jurisprudencia). RESPONSABILIDAD OBJETIVA. Desligada de toda noción de culpa o falla del servicio y fundada no en la noción de "RIESGO" sino en el principio general de derecho público que proclama "LA IGUALDAD DE TODOS LOS CIUDADANOS ANTE LAS CARGAS PUBLICAS".

2º Requisitos para que prospere la pretensión resarcitoria.

Documentos que deben acreditarse.

TRANSITO DE LEGISLACION. JUEZ QUE HA VENIDO CONOCIENDO DE UN PROCESO QUE LA NUEVA LEY SUSTRAE DE SU JURISDICCION.
Actuación que debe realizar.

ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO.

OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLES POR CAUSA DE TRABAJOS PUBLICOS.

1º Situación bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984 (C. C. A.).

2º CADUCIDAD. El término de caducidad de dos años consagrados por el inciso 4º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, sólo puede empezar a contarse a partir del 1º de marzo de 1984 y en ningún caso con anterioridad a dicha fecha.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

(Colaboró el doctor *Fernando Ospina Henao.* Abogado Auxiliar).

Referencia: Expediente número 4729 (12). Actor: Mercaderías y Valores G. U. C. Ltda. & Cía. S. C. A. Demandado: Municipio de Medellín. Indemnizaciones por trabajos públicos.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto en oportunidad legal por la apoderada de la parte actora, contra la sentencia de mayo 3 de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

I. La demanda:

1.1. *El petitum.* Mediante apoderada idónea, la sociedad Mercaderías y Valores G. U. C. Limitada y Cía. S. C. A. demandó al Municipio de Medellín, para que por los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Se sirva declarar al Municipio de Medellín, responsable de la ocupación realizada en el inmueble de propiedad de mis representados, Mercaderías y Valores G. U. C. Ltda. y Cía. S. C. A., ubicado en la calle 62 con la Avenida Regional Oriental del Río Medellín sobre una franja de terreno en dicho inmueble, el cual fue adquirido por mis mandantes por compra realizada a la sociedad Inversiones Varahona Ltda., mediante la escritura número 847 de la Notaría 7ª de Medellín, del 31 de marzo de 1981 y con matrícula inmobiliaria número 001-0062117 y cuya descripción es la siguiente: 'Un lote de terreno situado en jurisdicción de este distrito en el cruce de la Avenida de los Libertadores con la carrera que une a esta con la carrera Carabobo, que linda por el costado norte con la carrera que une la Avenida de los Libertadores con la carrera Carabobo, por el oriente con propiedad que es o fue del Departamento de Antioquia y con predio que es o fue de la señora Rosa Isaza y otros, todo por cercos determinados, por el sur también por cercos determinados con propiedad de los mismos Rosa Isaza y otros, hasta salir a la Avenida de los Libertadores hasta su cruce con la carrera que la une con la carrera Carabobo'.

"2. Obligar al Municipio de Medellín, al pago de la indemnización de aproximadamente ocho millones trescientos setenta y siete mil quinientos pesos moneda legal ($ 8.377.500.oo), por los perjuicios causados a la sociedad Mercaderías y Valores G. U. C. Ltda. y Cía. S. C. A., como consecuencia de la ocupación permanente de hecho realizada sobre la franja de terreno perteneciente al lote determinado en el numeral anterior".

1.2. *La causa petendi.* El fundamento fáctico de las pretensiones se expuso en el libelo así:

"*Primero:* La sociedad Mercaderías y Valores G. U. C. Ltda. & Cía. S. C. A. es propietaria de un bien lote de terreno, ubicado en la calle 62 con la Avenida Regional Oriental del Río Medellín.

"*Segundo:* El Municipio de Medellín por intermedio de Valorización Municipal, hizo un estudio de la construcción de la vía Regional Oriental del Río Medellín, estudio que fue realizado por la firma Hidrociviles de acuerdo al plano número K7-500-K8-200.

"*Tercero:* La firma Hidrociviles, quien fue la encargada de hacer el respectivo estudio del bien es clara en manifestar que para poder ejecutar dicha obra, es necesario apropiarse de ciertos terrenos de propiedad particular entre ellos el perteneciente a mis poderdantes cuyo anterior dueño era Inversiones Varahona Ltda., tal como puede apreciarse en el plano anexo.

"*Cuarto:* Esta obra a pesar de haber sido proyectada por Valorización Municipal, quien la ejecutó, fue la Secretaría de Obras del Municipio de Medellín, la cual para realizar dicha obra,

tomó una franja de terreno de propiedad de mis poderdantes, efectuando así una ocupación de hecho.

"*Quinta:* La franja de terreno de la cual fuimos expropiados tiene señalada una área de 1.675.50 metros cuadrados.

"*Sexto:* De acuerdo al concepto emitido por la División Jurídica de la Alcaldía de Medellín, dirigida en ese momento por el doctor Luis Guillermo Agudelo, Secretario de Obras Públicas, el cual dice... 'Existe una constante jurisprudencial y doctrinaria, en el sentido de que la obligación a indemnizar por parte de las entidades de derecho público, sólo puede ser deducida en juicio, previa comprovación (sic) del hecho, daño y del perjuicio causado, pues la ley no autoriza otro procedimiento para efecto de la erogación que deben hacer los tesoros públicos'. Por lo anterior consideramos, que al realizarse la obra Avenida Regional Oriental del (sic) el daño está demostrado, el hecho fue realizado y el perjuicio fue ocasionado, por lo tanto instauramos el proceso que nos sugiere el doctor Agudelo".

1.3. *El derecho invocado.* En el libelo se invoca como derecho: Ley 16 de 1968, artículo 8, numeral 3; artículos 396 a 408 y consecuentes del Código de Procedimiento Civil; Decreto 528 de 1964.

II. El fallo de primer grado:

Por competencia de la justicia ordinaria, de este proceso conoció inicialmente el Juez Primero Civil del Circuito de Medellín, funcionario que tramitó la instancia hasta la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo, que adscribió a esta jurisdicción el conocimiento y decisión de los procesos tendientes a obtener reparación de perjuicios causados por la ocupación temporal o permanente de inmuebles con motivo de la ejecución de obras públicas.

Surtida la primera instancia con intervención de la entidad pública demandada y de la Fiscalía del Tribunal Administrativo de Antioquia, se dictó la sentencia apelada que denegó las súplicas de la demanda.

III. La apelación de la actora:

La apoderada de la sociedad demandante interpuso recurso de alzada contra la sentencia del *a quo* y para sustentarlo adujo, luego de transcribir el artículo 30 de la Constitución Nacional que reputa infringido, los siguientes argumentos:

a) Que el fallo apelado deja ver el estado de indefensión en que se quiere colocar a la sociedad demandante frente a los atropellos en que, se afirma, incurrió el ente estatal demandado, pues es un hecho claramente demostrado que se realizó una obra de interés público (la Vía Regional Oriental del Río Medellín), la cual se convirtió en un hecho notorio, y se desconoció el derecho de dominio que la sociedad actora tiene sobre el inmueble demandado;

b) Que hay decisiones jurisdiccionales contradictorias, toda vez que en sentencia de 24 de noviembre de 1982, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín denegó las súplicas de una demanda similar

promovida por "Inversiones Varahona Ltda." sociedad que "aparecía como propietaria inscrita ante la oficina de registro, cuando se realizó la obra objeto de esta demanda", decisión que el citado juzgado fundamentó en que la firma mencionada, antecesora de la demandante en el dominio del inmueble afectado, no era ya dueña del predio en el momento de presentar la demanda (2 de octubre de 1981) pues lo había enajenado en favor de la actora de hoy mediante escritura número 847 del 31 de marzo de ese mismo año, corrida en la Notaría 7ª del Círculo de Medellín. Esa decisión, afirma la recurrente, movió a su representada a intentar la acción decidida mediante la sentencia apelada, la cual también resultó desestimatoria de las pretensiones deducidas por su mandante, con invocación de similares razones a las que se adujeron en el fallo de la jurisdicción ordinaria: La sociedad actora no era dueña de la porción del inmueble ocupado permanentemente por causa de un trabajo público para la época en que se entregó la obra pública en cuya virtud fue absorbida la franja de terreno materia de la litis;

c) Afirma que la providencia impugnada viola el derecho de defensa que la Constitución garantiza a todos los particulares, "pues al no aceptarse en ninguna de las partes el dominio de la faja de terreno ocupada en forma violenta por el Municipio de Medellín, suprime la posibilidad de hacer responder a la Administración por los perjuicios ocasionados con el hecho";

d) Considera que la "actuación de los falladores, da lugar a un enriquecimiento sin causa" por parte del Municipio demandado pues se encuentra libre de indemnizar a mis poderdantes por los daños acaecidos en su propiedad", enriquecimiento que se materializa al dejar en el vacío la efectividad de la acción y, como consecuencia, asignándole al Municipio de Medellín un bien que legítimamente no le corresponde "porque es de fácil comprobación que esa faja de terreno de la cual se hizo uso ha tenido y tiene propietario inscrito materialmente";

e) Sostiene que "en cuanto al interés para pedir el resarcimiento del daño (...) cualquiera de las dos sociedades que lo han demandado tiene derecho, pues sobre (sic) ellas existe una vinculación económica, que hace que formen una unidad subjetiva, sin que por ello dejen de ser independientes", y

f) Finalmente, expresa que al momento de realizarse la obra por la cual se demanda, el terreno de que se trata se hallaba por fuera del comercio en virtud de haber sido declarado, por autoridad competente, de utilidad pública por estar reservado para que las Empresas Públicas de Medellín ubicaran la planta de tratamiento de aguas del río Medellín, "lo que permitía que sólo se pudiesen (sic) traspasar dicho terreno entre las sociedades tantas veces mencionadas, por cuestiones fiscales, y sobre las cuales existía una vinculación económica y administrativa, tal como ocurrió en este caso, ya que un particular no admitiría dicha transacción sabiendo que sobre dicho lote pesaba el carácter de *utilidad pública*". Este argumento, anota la Sala, no se esgrimió en ningún momento durante la tramitación de la instancia que culminó con la sentencia apelada, fuera de que la apoderada pretende respaldarlo con la aportación extemporánea de unas fotocopias, carentes de autenticación, del Decreto 508 del 22 de agosto de 1978 expedido por el Alcalde de Medellín, por medio del cual se adopta la Resolución

número 10 de agosto 4 de 1978 de la honorable Junta Municipal de Planeación y Servicios Técnicos la que, a su turno, declaró como de utilidad pública unos terrenos, y del Decreto número 440 del 5 de agosto de 1981, mediante el cual el Alcalde de Medellín destina a diversos usos unas áreas de esa ciudad.

IV. La vista fiscal:

La señora Fiscal Segunda de esta Corporación, en su concepto de fondo, solicita que "se declare la nulidad de todo lo actuado en el Tribunal, se revoque el fallo apelado y en su lugar se declare la caducidad de la acción". El Ministerio Público sustenta así sus solicitudes:

"... inicialmente la apoderada de la actora presentó su demanda ante un juzgado del Circuito de Medellín acorde con el poder que le fue conferido (véase fl. 15, C. 1 y fl. 19, C. 1). La demanda fue admitida por el juez y se dio curso al proceso hasta llegar a decretar pruebas (fl. 29, C. 1). El mismo Juzgado Primero Civil del Circuito en mayo 31 de 1984 resolvió que el negocio no era de esa jurisdicción y ordena enviarlo al Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia.

"En virtud de la anterior providencia, el negocio llegó al Tribunal Contencioso Administrativo en junio 11 de 1984 en donde extrañamente se sometió a reparto y el Magistrado ponente continuó con el trámite dando traslado a las partes para presentar sus alegatos por escrito.

"Aparte de la nulidad que tal proceder acarrea en la actuación, se anota algo más importante".

Luego de transcribir el texto del artículo 142 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el artículo 1º del Decreto-ley número 1 de 1984, la colaboradora fiscal continúa discurriendo así:

"En el presente caso la demanda no fue presentada personalmente ante el Tribunal Contencioso como lo exige la ley, pues la apoderada se encontraba en el lugar donde se debía hacer la presentación.

"Por otra parte, aún admitiendo la remisión que hizo el juez civil —lo que no es pertinente en tratándose de otra jurisdicción— se tendría que admitir como fecha de presentación de la demanda, la fecha en la cual llegó al Tribunal Contencioso o sea el 11 de junio de 1984.

"En la demanda no se señala la fecha de construcción de los trabajos públicos por los cuales se reclama, dato este que resulta ser de suma importancia para determinar la oportunidad de la presentación de la demanda.

"El ente demandado, en memorial visible al folio 41, cuaderno 1 afirma que la obra en mención se recibió en mayo 5 de 1980. Al folio 47, cuaderno 2 aparece una certificación expedida por el Secretario de Obras Públicas del Municipio de Medellín en igual sentido. Tenemos pues que los trabajos de obras por los cuales se demanda, fueron recibidos en mayo de 1980".

Cita luego la señora Fiscal los artículos 136 y 86, inciso final, del nuevo estatuto de lo contencioso administrativo para concluir que cuando el negocio llegó el día 11 de mayo de 1984 al Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia "ya había vencido el término que la ley otorga para presentar la demanda correspondiente" y finaliza luego su concepto de fondo con las siguientes observaciones:

> "Debe advertirse que a todas luces resulta improcedente la actuación del Tribunal al convalidar en forma tácita lo actuado en el Juzgado Civil del Circuito y limitarse a continuar la tramitación del negocio a partir del traslado a las partes para alegar. El proceso así surtido no se ajustó al procedimiento ordenado en el Código Contencioso Administrativo y obviamente acarrea nulidad.
>
> "Por otra parte lo tramitado ante el juzgado estaba también afectado de nulidad por no ser esa la jurisdicción competente para ese negocio (art. 152, C. de P. C.)".

Cumplido el trámite de la segunda instancia sin que la Sala observe causal alguna de nulidad que pueda invalidar la actuación, procede desatar el recurso interpuesto previas las siguientes

V. Consideraciones de la Sala:

Antes de adentrarse en el análisis del fondo de la controversia, la Sala estima necesario hacer referencia al concepto de su colaboradora fiscal, atrás transcrito en lo esencial, toda vez que en él se formulan planteamientos y se hacen afirmaciones que la Corporación no puede pasar por alto. En efecto:

a) Sea lo primero poner muy en claro que la decisión adoptada por el Juez Primero Civil del Circuito de Medellín, contenida en auto de 31 de mayo de 1984 (fl. 34, C. 1), estuvo totalmente ajustada a derecho cuando dispuso remitir el expediente contentivo del proceso de que venía conociendo al Tribunal Administrativo de Antioquia, pues su competencia para conocer de él desapareció al entrar en vigor el nuevo Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984. En casos como éste, de tránsito legislativo, el juez que ha venido conociendo de un proceso que la nueva ley sustrae de su jurisdicción, debe enviarlo de inmediato a quien el nuevo ordenamiento señale como competente para su tramitación, como consecuencia natural y obvia del principio según el cual las leyes relativas a la competencia de los organismos jurisdiccionales son de orden público y tienen efecto general inmediato, pues regulan, fundamentalmente, el poder o potestad del juez para "decir el derecho", esto es para decidir el litigio ante él planteado.

En el caso *sub lite* no se trata, como parece insinuarlo la vista fiscal, de un conflicto de jurisdicción que implicara una tramitación incidental, sino de un cambio de legislación con normas procesales de obligatorio cumplimiento y de aplicación inmediata. A partir de la fecha en que cobró vigencia el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984, las acciones indemnizatorias derivadas de la ocupación permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos dejaron de ser del conocimiento de la jus-

ticia ordinaria y pasaron al de la jurisdicción contencioso administrativa sin que se afectara, en lo más mínimo, la actuación hasta entonces cumplida ante y por el juez ordinario. De modo que cuando el Tribunal Administrativo de Antioquia avocó el conocimiento del asunto *sub lite* y prosiguió su trámite, no convalidó una actuación viciada de nulidad sino que tuteló, como era su deber hacerlo, los derechos de las partes interesadas en el litigio, otorgándoles la oportunidad de continuar la controversia con observancia plena de las normas de la Carta Política que consagran el debido proceso y de las disposiciones legales que las desarrollan y hacen efectiva la tutela constitucional;

b) Pretender, como lo hace la Fiscalía, que la demanda inicial del proceso que ahora se decide es inepta por no haber sido presentada personalmente ante la Secretaría del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, según lo dispuesto por el artículo 142 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984, es erróneo no sólo porque para cuando la demanda se presentó el mencionado Decreto no había sido expedido, sino porque como ya se dijo, para ese entonces el conocimiento de la acción indemnizatoria aducida en la demanda correspondía a la justicia ordinaria. Por esta misma razón resulta imposible sostener válidamente que hay que admitir como fecha de presentación de la demanda aquella en que el expediente llegó al Tribunal Administrativo de Antioquia, remitido por el juez que venía conociendo del proceso;

c) Finalmente, conviene puntualizar que en aquellos eventos de ocupación permanente de bienes inmuebles por causa de trabajos u obras públicas ocurridos antes de la vigencia del Decreto-ley número 1 de 1984, el término de caducidad de dos años consagrado por el inciso 4º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo que dicho Decreto adoptó, sólo puede empezar a contarse a partir del 1º de marzo de 1984 y en ningún caso con anterioridad a dicha fecha, como lo plantea la Fiscalía. La acción resarcitoria que ahora se decide fue interpuesta antes de la vigencia del citado Decreto, por lo cual el aspecto relativo a la extinción del derecho a hacer valer la pretensión resarcitoria debe examinarse forzosamente a la luz de la normatividad vigente con anterioridad a la fecha de vigencia del Decreto-ley número 1 de 1984.

Hechas las acotaciones precedentes, se procede a decidir el fondo del debate advirtiendo, desde ahora, que la Sala confirmará la sentencia recurrida por las siguientes razones:

1. No cabe duda de que en el caso *sub júdice* la administración municipal de Medellín, al construir la Avenida del Río Medellín, ocupó predios de propiedad privada, hecho que genera el derecho a obtener la indemnización del daño sufrido por los propietarios de los inmuebles ocupados de manera permanente o transitoria, según lo proclama el inciso final del artículo 86 del nuevo Código Contencioso Administrativo y según lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corporación, que se ha encontrado en el contencioso indemnizatorio por causa de las obras o trabajos públicos uno de los eventos previstos en el ordenamiento positivo colombiano de responsabilidad *objetiva* del Estado, desligada de toda noción de culpa o de falla del servicio, y fundada no en la noción de "riesgo" sino en el principio general de derecho público

que proclama la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas (Sentencias de 30 de septiembre de 1960, *"Anales"*, Tomo LXIII, págs. 728 y siguientes y de 28 de octubre de 1976, *"Anales"*, Tomo XVI, págs. 615 y siguientes, particularmente págs. 647 a 654 y 695 a 709).

Mas para que prospere la pretensión resarcitoria derivada de la ocupación permanente o transitoria de inmuebles por trabajos públicos, el Consejo ha venido exigiendo al actor acreditar plenamente los siguientes elementos:

a) La realización de la obra pública;

b) La propiedad del inmueble afectado por el trabajo público, y

c) La existencia del daño o perjuicio.

La evidencia probatoria allegada al proceso conduce a afirmar que la sociedad actora no acreditó el segundo de los elementos mencionados.

Según consta en la escritura número 847 del 31 de marzo de 1981, otorgada ante el Notario 7º de Medellín, cuya fotocopia autenticada obra a folios 6 y 7 del cuaderno principal, la actora adquirió por compra a la sociedad "Inversiones Varahona Limitada", el siguiente bien inmueble: "Un lote de terreno con todas sus mejoras y anexidades, situado en jurisdicción de este Distrito de Medellín, en el cruce de la Avenida de los Libertadores con la carretera que une a ésta con la carrera Carabobo", y que linda: "Por el costado Norte, con la carretera que une la Avenida de los Libertadores, con la carrera Carabobo; por el Oriente, con propiedad que es o fue del Departamento de Antioquia y con predio que es o fue de la señorita Rosa Isaza y otros, todo por cercos determinados; por el Sur, también por cercos determinados, con propiedad de los mismos Rosa Isaza y otros, hasta salir a la Avenida de los Libertadores; y por el Occidente, con la mencionada Avenida de los Libertadores hasta su cruce con la carretera que la une con la carrera Carabobo. Tiene cabida aproximada de 28.243.89 metros cuadrados y se vende como cuerpo cierto". La localización del predio coincide, como se verá más adelante, con el trazado de la Avenida del Río Medellín.

Obsérvese que la compraventa, protocolizada el 31 de marzo de 1981, se verifica con posterioridad a la ejecución de los trabajos públicos. Tal evidencia surge del siguiente informe que el Secretario de Obras Públicas del Municipio le rinde al Juez Primero Civil del Circuito de Medellín:

> "... me permito informarle que la Avenida Regional Oriental del Río Medellín, en el tramo comprendido entre las calles 62 y 65, se terminó de ejecutar el día cinco (5) de mayo de mil novecientos ochenta (1980)" (fl. 47, C. 2).

2. Conviene precisar que el área del predio cuya propiedad reclama como suya la parte actora, es la suma de dos lotes de terreno que fueron adquiridos en épocas distintas y por instrumentos diferentes, alinderados en forma tan confusa que hizo necesario el otorgamiento de dos escrituras para tratar de aclarar sus linderos. La primera, distinguida con el número 2070 de junio 25 de 1945, corrida en la

Notaría 2ª de Medellín y suscrita por el representante de Fábrica de Paños Vicuña Ltda. (fls. 27 a 29, C. 2), y la segunda distinguida con el número 2837 de octubre 17 de 1974, Notaría 8ª de Medellín, otorgada por los representantes de las sociedades John Uribe e Hijos Sucesores S. C. A. e Inversiones Varahona Limitada (fl. 23, C. 2).

Ambas escrituras aclaran los linderos actuales del predio parcialmente ocupado por la Avenida del Río Medellín, pero guardan discreto silencio en cuanto a su cabida real. La cabida real sólo viene a consignarse en la escritura número 847 del 31 de marzo de 1981, por medio de la cual "Inversiones Varahona Limitada" vende a la sociedad actora, un lote de terreno con una cabida aproximada de 28.243.89 metros cuadrados.

Así las cosas, los peritos (fls. 32 a 33 vto., C. 2), después de una paciente y complicada labor de análisis de escrituras y de comparación de mapas, lograron identificar el predio y actualizar sus linderos, para establecer como se anota en el plano que obra a folio 2 del cuaderno 2, que el área total de los lotes adquiridos sumaba 29.313.176 metros cuadrados y que al restarle el área del lote actual, 28.042.89 metros cuadrados (no 28.243.89 metros cuadrados como reza la escritura 847 de 1981), resultan 1.269.286 metros cuadrados, que sería el área ocupada por el Municipio de Medellín.

Aunque la actora adujo extemporáneamente la copia autenticada de la sentencia dictada por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín el 24 de noviembre de 1982 que decidió en forma adversa a la sociedad "Inversiones Varahona Ltda." una acción similar a la que ha sido deducida en este proceso por "Mercaderías y Valores G. U. C. Ltda. y Cía. S. C. A., la Sala cree conveniente referirse a ese fallo para disipar dudas que puedan suscitarse con motivo de la decisión que habrá de tomar la Corporación y, en particular, para dejar aclarado a la sociedad ahora demandante cómo el fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia no puede estimarse como denegación de justicia, según lo sugiere la apoderada de la apelante en su alegato de sustentación del recurso.

El citado fallo de la justicia ordinaria declaró probada la excepción de falta de causa para pedir en la demandante, no accedió a las súplicas del libelo y, en consecuencia, absolvió al Municipio de Medellín de todos los cargos formulados en la demanda. Para arribar a esa conclusión, el juez civil consideró que "Inversiones Varahona Ltda." para la fecha en que se presentó la demanda, había vendido en favor de "Mercaderías y Valores G. U. C. Ltda. y Cía. S. C. A." *"el inmueble del cual, parte se dice fue ocupado* por el Municipio de Medellín, con ocasión de la construcción de la Vía Regional Oriental", mediante la escritura número 847 del 31 de marzo de 1981 de la Notaría 7ª de Medellín, y que la demanda incoada por "Inversiones Varahona Ltda." fue presentada el 2 de octubre siguiente, esto es, cuando el bien inmueble ya había salido del patrimonio de esta última sociedad (C. 1, fls. 68-71).

Esa circunstancia, según el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín determinaba, y así lo declaró, que "Inversiones Varahona Ltda." carecía de legitimación en la causa por activa para incoar las pretensiones de su demanda. Y esa misma circunstancia, según lo expresa la apoderada de la actora, fue la que motivó a la sociedad "Mercaderías y

Valores G. U. C. Ltda. y Cía. S. C. A." a promover la demanda que el Tribunal Administrativo de Antioquia desestimó mediante la sentencia que se revisa.

La Sala opina que el fallo de la justicia ordinaria indujo en error a la sociedad demandante, ya que de su contexto se deduce que todo el inmueble, incluida la faja de terreno ocupada por el Municipio de Medellín, fue transferido a la actora por "Inversiones Varahona Ltda.", cuando la realidad constatada con la probanza allegada a los autos y, particularmente con el experticio visible a folios 32 a 33 vuelto del cuaderno número 2, lo que demuestra es que "Mercaderías y Valores G. U. C. Ltda. y Cía. S. C. A." tan sólo adquirió de "Inversiones Varahona Ltda.", lo que ésta podía transferir, dentro de lo cual no estaba, obviamente, la zona o faja de terreno ocupada con destino a la Vía Regional Oriental de la ciudad de Medellín. Dicho en otros términos: Cuando la actora adquirió el predio, sabía ya que la faja de terreno cuya indemnización ahora reclama, estaba ocupada por una vía pública inenajenable y que la sociedad vendedora sólo podía transferirle el dominio del inmueble restante. Esto es, que la demandante no adquirió la totalidad del inmueble sino la zona libre de ocupación.

Sobra decir que el error en que incurrió la justicia ordinaria no obliga a esta Sala a insistir en él, máxime cuando en el caso *sub júdice* no cabe hablar de cosa juzgada.

3. Si a lo anterior se agrega que los linderos del inmueble transcritos en la demanda son imprecisos, incompletos y confusos, no hay ninguna duda de que la actora no demostró el elemento propiedad del inmueble afectado. Basta leer el dictamen rendido por los peritos para confirmar este aserto. Allí se dice lo que a continuación transcribe la Sala con la redacción y ortografía de sus autores:

> "Señor juez, después de la inspección ocular... se nos señaló un cuestionamiento para responder en el dictamen, nosotros conscientes de la responsabilidad y ante lo confuso de los linderos, extenciones y planos aportados para el dictamen solicitamos la accesoria técnica de la compañía Londoño & Hinestroza, con el fin de verificar los linderos actuales, extención, ocupación posible por parte del municipio y cabida" (fl. 32, C. 2).

De ahí que la Sala comparte en su integridad las consideraciones de la sentencia apelada y ratifique lo expresado por el Tribunal en su parte motiva:

> "Indica el artículo 1887 del Código Civil que un predio rústico puede venderse con relación a su cabida o como especie o cuerpo cierto, haciendo apreciaciones para la primera opción sobre el precio y constituyendo mecanismos en caso de diferencias sustanciales, hasta llegar a la posibilidad de desistirse del contrato, apuntando en el artículo 1889 que si se hace como cuerpo cierto, esto no opera.
>
> "Y esta precisión se hace necesaria para observar si Mercaderías y Valores consiguió en marzo de 1981 lo que en ese instante existía, un lote de terreno sobre el cual en parte se había ejecutado una vía o si por el contrario, un globo de terreno que en su extensión comprometía la faja cuya indemnización se busca.

"Habría que contrariar la realidad de los hechos para no auspiciar que la accionante, ejercitando un acuerdo de voluntades en marzo de 1981, solamente adquirió como cuerpo cierto de la firma Inversiones Varahona Limitada lo que esta última firma *poseía materialmente (cláusula 4ª)* y que de ninguna manera podía ser extensiva a la vía pública ya ejecutada (lo que no podía ya poseer materialmente) y por eso los razonamientos de la entidad demandada y del Ministerio Público son acogibles, encontrándose así que uno de los factores básicos de la acción intentada no se configuró, la titularidad de dominio sobre la franja absorbida por el administrador público.

"Mas, no sería necio pensar que si esos 837 discutidos hubieran sido objeto de la negociación, la escritura pública habría recogido con especialidad tal circunstancia, máxime cuando su valor en la transacción sería contundente" (fls. 53 y ss., cuaderno principal).

Así las cosas, la sociedad actora no demostró el título de propiedad sobre la porción de terreno afectado por el trabajo público, elemento sin el cual no prospera la acción indemnizatoria que se impetra. Se impone, por consiguiente, una decisión confirmatoria del fallo apelado.

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

Falla:

1. *Declárase no probada* la excepción de caducidad propuesta por la Fiscalía.

2. *Confírmase la sentencia apelada.*

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO DE SALUD.—

Elementos que deben acreditarse. RESPONSABILIDAD DEL MEDICO. ¿Qué se requiere para comprometerlo? CARGA DE LA PRUEBA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 3671. Indemnizaciones. Actor: Reynel Gómez Giraldo.

En escrito de julio 2 de 1982 el señor Reynel Gómez G. mediante apoderado idóneo demanda al Instituto de los Seguros Sociales para que se declare su responsabilidad por los perjuicios que le produjo y se le condene al pago de la indemnización correspondiente, estimada en más de $ 12.000.000.oo por concepto de perjuicios materiales y de $ 5.000.000.oo por morales.

En síntesis, en la demanda se narraron los siguientes hechos:

a) Que el señor Gómez G. trabaja en la empresa Molino Don Pepe Ltda., entidad inscrita al Seguro con el número patronal 01-002002300;

b) Que su número de inscripción es el 01-1308718;

c) Que el 27 de noviembre de 1977 sufrió accidente de trabajo, habiendo sido atendido inmediatamente por los Seguros Sociales;

d) Que por dicho accidente fue sometido a cuatro operaciones, las que terminaron en un rotundo fracaso;

e) Que debido a sus dolencias y por la incrustación de un clavo en el fémur derecho, tenía que acudir con frecuencia a la atención médica;

f) Que el 12 de marzo de 1982, ante los graves dolores, y luego de los exámenes de rigor, el doctor Suárez Valderrama diagnosticó osteomielitis;

g) Que el 22 de marzo de ese mismo año se ordenó la extracción del clavo de Jewet;

h) Que como consecuencia de la operación le quedó un acortamiento de 6 centímetros en la pierna derecha; quedando con el remoquete del "cojo"; lo que le ha producido un serio perjuicio moral;

i) Que la vida sexual se le disminuyó ostensiblemente, dados los dolores permanentes y las drogas que tenía que ingerir;

j) Que el accidente consistió en las fracturas producidas al caerse de una escalera;

k) Que mediante Resolución número 10321 de 28 de septiembre de 1979 se le concedió pensión por incapacidad permanente provisional por dos años; luego se le convirtió en definitiva por la número 1453 de 10 de febrero de 1981.

Señaló la demanda como infringidos los siguientes artículos: 66, 67, 68 y siguientes 82, 83, 84, 124 y 125 del Código Contencioso Administrativo; Decreto número 4120 de 1949.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Durante la instancia presentaron sendas alegaciones, la parte demandada y el Ministerio Público. Aquella, luego del análisis concienzudo del acervo probatorio consideró que no se demostraron los supuestos de la responsabilidad que se le imputa, por falta de actividad de la parte actora.

Por su lado, la señora Fiscal colaboradora en su vista de marzo 9 del presente año estima así mismo que deben denegarse las súplicas de la demanda. De ese concepto, que obra a folios 50 y siguientes del cuaderno principal, se destacan los siguientes apartes:

> "En cuanto a las razones para demandar, el actor dice simplemente, que hubo negligencia y falta en el servicio profesional.
>
> "Pues bien, la anterior afirmación no fue probada, así como tampoco la relación que puedan tener las cirugías practicadas al paciente en los Seguros Sociales y la osteomielitis que fue diagnosticada años después. No existe una explicación médica que permita llegar a las conclusiones que plantea la demanda.
>
> "No se probó tampoco que la enfermedad que finalmente le sobrevino al actor, haya sido generada por la introducción del clavo. Tampoco quedó establecido que el acortamiento de la pierna, tenga su origen en las operaciones que se dice le fueron practicadas en los Seguros Sociales, o en la última operación que le fue practicada en una clínica particular.
>
> "Tenemos pues que en el presente caso no quedó probada la falla del servicio médico a que alude el actor; en consecuencia no es posible declarar la responsabilidad del ente demandado".

La parte actora no presentó alegato. Para la Sala, el asunto no merece muchos comentarios. Las argumentaciones de la señora Fiscal y del apoderado del Instituto de los Seguros Sociales están ajustadas a la realidad de los hechos y las soluciones que se proponen, a derecho.

Ha dicho esta Sala hasta el cansancio que en este tipo de proceso deben acreditarse los siguientes extremos:

a) Una falla del servicio (que este funcionó mal o tardíamente o no funcionó); un perjuicio, y una relación de causalidad entre éste y aquella. En otros términos, que esa falla fue la culpa eficiente del daño sufrido por la parte demandante.

Visto el planteamiento de la demanda, cabe observar que ella no permite ni siquiera intuir en qué consistió la negligencia o el inadecuado tratamiento médico que se le dio al señor Reynel Gómez G. Sin este supuesto, condicionante de la carga de la prueba, nada se puede concluir. Un tratamiento médico ordinariamente no se puede calificar de bueno o malo por su resultado. La obligación profesional médica es, en principio de medio. Por tanto, para comprometer la responsabilidad del médico habrá que establecer que éste, dentro de los conocimientos normales de su profesión, se equivocó gravemente por descuido o negligencia.

Tampoco aparece por parte alguna evidenciado que las dolencias que culminaron con la incapacidad definitiva del señor Gómez, fueron causadas por un defectuoso tratamiento médico en el Seguro Social.

Muestra así el expediente serios vacíos probatorios. Le faltó actividad a la parte demandante. Estos vacíos imponen una sentencia de mérito, desestimatoria de la demanda, con aplicación del principio de la carga de la prueba; según el cual le competía a la parte interesada en sacar avante sus pretensiones demostrar, en forma plena y suficiente, por los medios legales, los supuestos de hecho subsumibles en los supuestos de la norma reguladora del derecho pretendido.

No lo hizo así. Por lo tanto, de acuerdo con la fiscalía y con el apoderado del Seguro Social se impone la denegación de las súplicas de la demanda.

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

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 26 de marzo de 1987.

Julio César Uribe Acosta, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

COSA JUZGADA.—

Este fenómeno hace imposible la revisión de la sentencia a través de proceso posterior. Las notas de inmutabilidad y DEFINITIVIDAD que son de su esencia llevan al sentenciador a abstenerse de fallar en el fondo. Razones de seguridad jurídica como lo enseña Luis Legaz y Lacambra, sirven de apoyo a tal institución.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dos de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 4658. Apelación Sentencia. Actor: Roberto Flórez Acevedo. Demandado: Municipio de Santa Fe de Antioquia.

I

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el día diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), dentro del proceso del rubro, que declaró probada la excepción de cosa juzgada.

Prepara la ponencia el Consejero de la referencia, habida consideración de que la presentada por el Magistrado conductor del proceso fue negada en la sesión de la Sala que tuvo lugar el día doce (12) de los corrientes.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación la parte pertinente de la providencia impugnada. En ella se lee:

"El señor Roberto Flórez Acevedo, con la asistencia de procurador judicial y en ejercicio de la acción contenciosa de reparación directa, instauró demanda en contra del Municipio de Santa Fe de Antioquia, en la cual impetra textualmente se haga en favor suyo las siguientes declaraciones:

"1ª El Municipio de Santa Fe de Antioquia (Antioquia) es civilmente responsable de los daños y perjuicios causados al señor Roberto Flórez Acevedo con los hechos y operaciones materiales indicados en el hecho 4º de la demanda y que fueron realizados por la entidad pública municipal el día 21 de julio de 1980.

"2ª Como consecuencia de lo anterior, el Municipio de Santa Fe de Antioquia (Antioquia) pagará al demandante, por concepto de perjuicios morales, la suma de dos mil pesos moneda legal ($ 2.000.oo), traducida en su equivalente económico, con relación al valor del oro comercial, a partir de 1938 hasta la fecha.

"3ª Igualmente, como consecuencia de la declaración primera, el Municipio de Santa Fe de Antioquia (Antioquia), pagará al demandante Roberto Flórez Acevedo los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que resulten probados y liquidados en este proceso, o, en su defecto, lo que se ordene regular mediante el incidente a que se refiere el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"4ª Sobre el monto de los perjuicios a que se condena al Municipio de Santa Fe de Antioquia (Antioquia) en esta sentencia, reconocerá esta entidad a favor del señor Roberto Flórez Acevedo y le pagará, dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, los intereses correspondientes desde el 21 de julio de 1980.

"5ª La entidad demandada pagará las costas del proceso" (fl. 2).

"Y refiere de este modo los hechos en los cuales las apoya:

"1º Soy poseedor inscrito de un lote de terreno, situado en el paraje Las Estancias o Avenida del Paso Real, del municipio de Santa Fe de Antioquia, lote conocido con el nombre de Perico, determinado por los siguientes linderos generales: 'Por el frente, con la carretera al mar; por el costado de abajo, con el camino que gira y conduce al Paso Real (hoy escuela Pedro A. Herrán)'.

"2º El anterior inmueble, con una cabida aproximada de un cuarto de hectárea, lo hube por compra a Baudillo de Jesús Agudelo conforme a la escritura pública número 422 de 16 de octubre de 1974, de la Notaría Unica de Santa Fe de Antioquia, registrada bajo la matrícula inmobiliaria número 024-0000893. Mi vendedor explicó en dicho acto que el referido lote fue desmembrado de otro de mayor extensión por haberlo partido la variante de la carretera al mar.

"3º En ejercicio del derecho de dominio sobre el citado lote, y en virtud de la explotación económica y comercial que de él hacía, el día 21 de julio de 1980 tenía allí construida una ramada, construida por el suscrito y destinada al negocio de la madera y construcción, y dentro de esa ramada y el inmueble mismo tenía depositados los siguientes materiales y elementos, todos de primera calidad y en excelente estado de conservación: Ciento ochenta y cinco (185) rastras de madera aserrada de varias dimensiones: Cincuenta y cinco (55) estacones u orillos de madera; nueve (9) largueros de madera redonda; diez (10) parales de madera redonda; otras dieciséis (16) piezas de madera aserrada; tres (3) tirantes o soleras; seis (6) piezas de madera redonda y (20) veinte tejas de Eternit número 20, las rastras son de 100 pulgadas cada una.

"4º El día 21 de julio de 1980, la Alcaldía Municipal de Santa Fe de Antioquia, procedió en forma arbitraria, unilateral e injusta, en ausencia mía, a la destrucción total de la ramada que yo tenía construida en el lote de mi propiedad, tal como lo expuse en los hechos precedentes,

y en la volqueta del municipio, utilizando el trabajo de obreros municipales, alzó los desechos de la destrucción de la ramada y los demás elementos y materiales relacionados en el hecho anterior, todo lo cual lo tiene en su poder en el depósito de las instalaciones del palacio municipal y del cuartel de policía, pero ya como material inservible o deteriorado.

"5º Ni antes del 21 de julio de 1980 ni con posterioridad a esta fecha, que indiqué como de ocurrencia de los hechos u operaciones perjudiciales para mi patrimonio realizados por el Municipio de Santa Fe de Antioquia, este distrito municipal agotó para ello el trámite de la expropiación y por consiguiente, hasta el presente, no me ha indemnizado ni total ni parcialmente siquiera de los perjuicios materiales y morales que su acción me ha irrogado.

"6º De los anteriores perjuicios, causados a mi patrimonio y persona por el Municipio de Santa Fe de Antioquia, estimo que los materiales, o sean el daño emergente y el lucro cesante, ascienden a una suma superior a un millón de pesos moneda legal ($ 1.000.000.oo) y los perjuicios morales quedan para ser avaluados de acuerdo con la tarifa legal.

"7º Preciso acudir a la justicia administrativa en procura de que el Municipio de Santa Fe de Antioquia sea declarado responsable por los hechos y operaciones materiales reseñados en el hecho 4º de esta demanda y condenado consiguiente (sic) a la indemnización a mi favor de la totalidad de los perjuicios morales y materiales que con ello me ha causado.

"Se dice en el libelo demandatorio que el distrito demandado quebrantó los artículos 16, 17, 19, 22, 23, 26, 30, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 41, 42, 44, 45 y 46 de la Constitución Nacional; 2341, 2350, 2353 y 2356 del Código Civil, y el 68 del Código Contencioso Administrativo. Como sustentación se anota: Que el Municipio de Santa Fe de Antioquia le desconoció el derecho sobre su propiedtad privada que tutelan los artículos 30 y 32 de la Carta Política y que las autoridades según el artículo 16 de la misma están en la obligación de respetar y hacer respetar; que desde la vigencia del Decreto 528 de 1964 se ha perfilado la doctrina sobre la responsabilidad directa y autónoma de la administración por hechos u operaciones como los que se imputa al municipio demandado, todo lo cual también encuentra sustento en los artículos 2351, 2350, 2353 y 2356 del Código Civil, y por último, que en lo que respecta a su derecho de propiedad se quebrantó también el principio relativo a la expropiación consagrado en el artículo 30 de la Constitución y en los artículos 451, 452 y siguientes y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

"Consideraciones de la Sala:

"1º El anterior Código Contencioso Administrativo, la Ley 167 de 1941, y el actual, el Decreto-ley número 1 de 1984, sólo han admitido en los procesos que regulan la proposición de las excepciones llamadas antes perentorias en el lenguaje del Código Judicial de 1931 (Ley 105), y hoy denominadas de mérito o de fondo, las cuales según expresa definición que trae el inciso tercero del artículo 164 del estatuto procedimental contencioso vigente, son 'las que se oponen a la prosperidad de la pretensión'.

"Por el contrario, las excepciones calificadas en el Código Judicial como dilatorias y que hoy el Código de Procedimiento Civil (Decreto-ley 1400 de 1970) llama previas, expresamente han sido excluidas de ambos ordenamientos por razones de economía y celeridad procesal, lo que no obsta para que en ambos los hechos que las constituyan puedan invocarse 'como motivos de nulidad, como excepciones de fondo y aún como razones para recurrir', conforme preceptúa el artículo 163 del Decreto número 1 y antes lo aceptaba la jurisprudencia y la doctrina.

"Y una de las excepciones que de acuerdo con el procedimiento civil ofrece el doble carácter de previa y de fondo es la de cosa juzgada (art. 97), la cual en el proceso contencioso administrativo puede proponerse como motivo para recurrir, por ejemplo respecto del auto que admite una demanda, o como es lo más frecuente, con el carácter de excepción de fondo, e inclusive como causal de nulidad si se reviven procesos legalmente concluidos.

"Dicho fenómeno jurídico lo explica el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos: 'La sentencia ejecutoriada en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes'.

"En el proceso contencioso administrativo la excepción de cosa juzgada así como todas las demás catalogables como de fondo, deben proponerse 'en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos'; se deciden en la sentencia definitiva pero el fallador debe resolver sobre las propuestas por la parte demandada cómo 'sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probadas' (Decreto número 1, art. 164, incisos 1º y 2º).

"El anterior estatuto también prescribía esta posibilidad en el artículo 111 al disponer que pueden 'ser declaradas sin instancia de parte, cuando se encuentren justificados los hechos u omisiones que las constituyen'.

"2º En el caso *sub júdice*, los conceptos y precisiones legales reseñados cobran notoria importancia en este momento en el cual debe dictarse la decisión que ponga fin en forma definitiva al proceso, dado que a la luz del artículo 131, numeral 10 del actual Código Contencioso la litis que versa sobre pretensiones de reparación directa, es de conocimiento de este Tribunal *en única instancia*, pues el demandante fijó el valor de los perjuicios materiales en 'suma superior a un millón de pesos', la cual no puede ser superada por el juez administrativo dadas las características de la justicia que le corresponde impartir, y en 'dos mil pesos' de 1938, según el valor comercial del oro (fl. 2).

"Dicha situación procesal que imposibilita la revisión por el superior, ya sea por el ejercicio del recurso ordinario de apelación o por el grado de la consulta, de la sentencia proferida por el Tribunal, hace necesario un mayor cuidado en el análisis de los hechos que puedan configurar excepciones de fondo, e inclusive ante la oportunidad de nuevas ocasiones en el proceso, para entrar en el estudio de aquellos hechos que puedan constituirlas, no obstante que su conocimiento en el mismo sólo se haya dado en momentos inmediatamente anteriores

a la expedición de la sentencia, como es el caso que se advierte en la litis en la cual sólo en último instante la entidad pública constituyó apoderada especial (fl. 88) y éste enteró a la Corporación mediante memorial acompañado con la respectiva copia auténtica, de ciertos hechos en virtud de los cuales puede configurarse la excepción de cosa juzgada, por lo menos parcialmente, y de los que jamás tuvo a bien la parte actora informar a este Tribunal (fls. 48 y ss.).

"De conformidad con el mandato previsto en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, el objeto de las normas de carácter adjetivo 'es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial', y las dudas en su aplicación deben aclararse mediante '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'. Por consiguiente, y teniendo en cuenta los fines específicos que conciernen a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, resulta indispensable entrar a analizar y decidir en torno a esos hechos apenas conocidos en último momento, pues hacer caso omiso de ellos so pretexto de esta circunstancia implicaría una inexcusable denegación de justicia.

"3º De acuerdo con la documentación señalada ocurrió lo siguiente:

"El día 22 de enero de 1982 el señor Roberto Flórez Acevedo, con la asistencia del mismo abogado con que posteriormente ocurrió ante este Tribunal, presentó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, demanda en contra del municipio del mismo nombre, en la que impetró se declarara que le pertenece 'en dominio pleno y absoluto', el bien inmueble cuya descripción hace en la solicitud y en el hecho primero del libelo, y cuya historia de adquisición refiere en los dos siguientes. La segunda pretensión, consecuencial de la anterior, es para que se condene al municipio a restituirle dicho precio; la tercera para que se condene al demandado a pagarle 'el valor de los frutos naturales o civiles del inmueble', 'no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido recibir con mediana inteligencia y cuidado, a justa tasación de los peritos, desde el día 21 de julio de 1980 fecha del lanzamiento o desalojo, hasta el momento de la entrega del fundo, más el precio de la obra de la construcción destruida, hasta ser puesto en estado de funcionamiento tal como estaba antes de su demolición'; la cuarta, que el municipio debería entregarle las maderas, alambre y demás elementos con material que fueron retirados por la alcaldía en diligencia de desalojo el 21 de julio de 1980 y que relaciona en el hecho séptimo de la demanda, y en caso de pérdida o deterioro, que esos elementos le deberían ser renocidos en dinero, según tasación pericial; la quinta, que si durante el curso del proceso se fijaren los valores de los frutos naturales y civiles, el de la reparación por los deterioros surtidos o pérdidas, lucro cesante o daño emergente, las condenaciones a este respecto se harán por sumas líquidas, y si no por incidente de regulación; la sexta, que el municipio deberá devolverle la suma de dos mil pesos que pagó como multa, junto con los intereses legales o comerciales desde la fecha de la consignación hasta que ocurra la devolución; y la séptima, que las costas y gastos de proceso correrían a cargo del Municipio de Santa Fe de Antioquia (fls. 49 vto. y 50).

"Como se dijo atrás, los tres primeros hechos iniciales que sustentan las peticiones de la demanda, versan sobre la descripción e

historia del fundo cuya propiedad y pertenencia se reclaman, y en el hecho cuarto y en los siguientes se narra en forma minuciosa, cómo el Municipio de Santa Fe de Antioquia construyó en terreno correspondiente al viejo camino que conducía al llamado 'Paso Real', una escuela denominada 'Pedro A. Herrán', colindante con el predio del demandante y que el Alcalde de ese distrito, en providencia de julio 8 de 1980, dispuso bajo sanción o multa de $ 2.000.oo que Flórez debería proceder al retiro total de las obras que había construido en el inmueble de su propiedad, junto con las maderas y demás elementos que tenía en el mismo; que Flórez interpuso recursos que fueron negados en decisión de julio 15 por la Alcaldía, argumentando que el predio era un bien de uso público y que por lo tanto eran aplicables los artículos 132 y 229 del Decreto 1355 de 1970; que en diligencia de julio 21 de 1980, la Alcaldía procedió a destruir la ramada que había construido el demandante y a retirar los elementos que tenía allí, trasladándolos al cuartel de policía en donde con el transcurso del tiempo se deterioraron, y así mismo, le hizo efectiva la multa; que posteriormente el afectado solicitó la revocatoria directa de las providencias administrativas con resultado adverso; que fue privado de la posesión material de un inmueble de su propiedad y sufrió 'perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente, actos estos ocasionados por el mencionado municipio'; que antes el Municipio de Santa Fe de Antioquia reconocía la posesión y propiedad del demandante respecto del predio, pero necesitaba de él para anexarlo a la escuela, y por esa causa al no lograr una negociación, 'se apropió de él' (fls. 48 ftes., 48 vto. y 49).

"El Municipio de Santa Fe de Antioquia dio contestación a este libelo por intermedio de apoderada especial, en escrito que fue recibido el 11 de marzo de 1982 (fls. 62 y ss., 66 vto.).

"El Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia el 26 de mayo de 1983 profirió sentencia inhibitoria en el proceso, so pretexto de 'carencia de legitimación en la causa por pasiva' (fl. 60), providencia que según constancia secretarial de junio 17 de 1983 fue objeto de apelación por la parte demandante, recurso concedido para ante la Sala del honorable Tribunal Superior de Medellín mediante auto de junio 17 del mismo.

"El 3 de febrero de 1984 y con ponencia del Magistrado Jaime Giraldo Serna, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín revocó en todas sus partes el fallo del *a quo*, y en su lugar declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; que el señor Flórez Acevedo es el propietario del inmueble conocido, y que el municipio 'deberá hacer entrega real y material del lote' y 'restituir al demandante, como frutos civiles, la indemnización correspondiente por el lucro cesante, a partir del día 9 de marzo de 1982, fecha en la cual se produjo la contestación de la demanda (art. 964 del C. C.). Para su valoración, se observará lo dispuesto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil' (fls. 75 vto. y 76).

"Hasta aquí las cosas aparecen muy claras. Pero ocurre que el 21 de julio de 1983, y tal vez a causa del resultado de la primera instancia en el proceso civil, el demandante, con el mismo apoderado y con fundamento en los hechos que se transcriben textualmente al comienzo de esta providencia, los cuales son una síntesis muy aproximada de los

que expuso ante el Juez Promiscuo del Circuito, instauró nueva demanda en contra del Municipio de Santa Fe de Antioquia, invocando el ejercicio en este caso de la acción de reparación directa que contemplaba la Ley 167 de 1941 y que corresponde al artículo 86 del Decreto número 1 de 1984, en la cual impetra que se declare al Distrito de Santa Fe de Antioquia 'civilmente responsable de los daños y perjuicios' que le causó con los hechos conocidos, y que como consecuencia de lo anterior que lo indemnice en los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), y los perjuicios morales hasta por la suma de dos mil pesos de 1938, traducidos en su equivalente al valor actual de la moneda, los intereses desde junio 21 de 1980, y las costas del proceso.

"De la relación de los hechos sustentatorios de las pretensiones en los dos libelos demandatorios, y de las pretensiones formuladas en ambos, a la Sala le queda la convicción absoluta de que el demandante persiguió por dos vías procesales distintas unos mismos objetivos de carácter indemnizatorio, eso sí sumados en la primera, la vía civil, al de la restitución del bien inmueble del que lo privó el municipio en virtud de los hechos relatados.

"En ambas controversias se pretendió la reparación de los perjuicios causados por el proceder de la administración, el lucro cesante y el daño emergente, y sobre ellos tuvo oportunidad de conocer y decidir la Sala Civil del Tribunal Superior en la sentencia a que se hizo alusión.

"No queda entonces la menor duda de que así las declaraciones impetradas se presentaran bajo ropajes jurídicos distintos, en el fondo eran las mismas, y respondían a idénticos hechos y causas jurídicas, lo cual indudablemente configura el fenómeno de la cosa juzgada y así habrá de declararse. En cambio sí habrá condenación en costas para la parte demandante y en favor del municipio, habida cuenta de la previsión expresa que contempla el Código Contencioso Administrativo, y su muy particular conducta procesal.

"Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Antioquia administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"*Falla:*

"*Declárase* configurada la excepción de cosa juzgada por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

"La parte demandante pagará las costas del juicio".

II

Sustentación del recurso:

A folios 104 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el escrito a través del cual el apoderado de la parte actora hace la sustentación del recurso de apelación. En él se hacen las siguientes valoraciones jurídicas y fácticas:

"a) *La cuantía.*

"El proceso fue rituado, casi en su totalidad, bajo la vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo Ley 167 de 1941, razón por

la cual, en la fecha de presentación de demanda, por el aspecto procesal se hizo un cálculo tentativo de la cuantía, en suma de $ 90.000.oo, superior, superando el límite señalado para que el asunto asumiera el carácter de doble instancia. En vigencia el nuevo Código de la materia Decreto-ley número 1 de 1984, naturalmente esa cuantía fue aumentada (se señalaron $ 2.000.000.oo), para que el proceso se considerara de dos instancias. Es obvio entonces que ya en trámite juicio, y ya en vigencia la nueva cuantía, ésta se debe determinar con fundamentos en el interés real de la acción, y no con el indicador tentativo de la demanda inicial. Así, entonces, aquí se tienen como fundamentos de ese interés la estimación pericial en firma del lucro cesante y el daño emergente, y además la estimación de los perjuicios morales en $ 2.000.oo del año de 1938 traducidos en su equivalente actual, conceptos que sumados dan un total de $ 2.400.000.oo moneda legal aproximadamente. Así, por lo apuntado, considero entonces que la decisión impugnada es susceptible de este recurso de apelación, pues el negocio sigue siendo de competencia del honorable Tribunal en primera instancia;

"b) *La cosa juzgada.*

"El proceso ventilado ante la justicia ordinaria civil, en el cual recayó la sentencia del 3 de febrero de 1984 adicionada el 30 de marzo siguiente del honorable Tribunal Superior de Medellín, aunque se ventiló entre las mismas partes no versó sobre el mismo objeto, por cuanto: a) el Tribunal Superior falló sobre proceso de reinvidicación de inmueble y sobre el lucro cesante, y no contempló entonces daño emergente, ni ordenó restituir al demandante la ramada y demás materiales de construcción existentes, al momento de desalojo en ese lote por la razón de que ya estaban, por la acción dolosa de la Administración Municipal, desincorporados y destruidos totalmente. Nótese que el reivindicatorio dispuso la entrega real y material del lote y no tocó mejoras y anexidades por cuanto ya no existía; b) Jurisprudencialmente, la cosa juzgada versa sobre los puntos decididos en la parte resolutiva de la sentencia. Y es claro que el honorable Tribunal Superior nada decisió (sic) sobre los puntos 3º (parte), 4º y 5º de la demanda, como tampoco los negó, por lo cual ha de entenderse que por ese aspecto del silencia (sic) se mantiene en firme el fallo inhibitorio del Juzgado Promiscuo del Circuito como fallador de instancia, y siendo así en tales puntos, no puede fundarse excepción de cosa juzgada tal como lo enseña el artículo 333, numeral 4 del Código de Procedimiento Civil; y c) Y es también claro que aunque tales peticiones fueron formuladas en un proceso principal civil de reivindicación, no podían fallarse ante esta justicia, en el *sub lite*, por ser asuntos de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa;

"c) *La denegación de justicia.*

"Si se continuara sosteniendo la presencia de cosa juzgada en proceso, se tendría entonces que a don Roberto Flórez se le estaría ciertamente denegando justicia, pues ocurría que la justicia civil ordinaria no le ordenó al municipio demandado reparar el daño, ni siquiera bajo la modalidad de emergente, y ahora la justicia administrativa se abstiene de ordenar tal reparación, por considerar que ya se decidió ese asunto;

"d) *Procedencia de la cosa juzgada.*

"Por último, discrepo con respeto desde luego de que a última hora la entidad pública demanda asumiera personería para introducir la posibilidad de cosa juzgada, asunto entonces que, por estar fuera del debate probatorio, no pudo ser controvertido por la parte que represento. Más bien parece que su proceder era un tanto sutil por cuanto que estaba esperando el resultado del proceso civil para después, al arrepentirse del silencio en el proceso de lo administrativo, argüir que el asunto ya estaba decidido por aquella, opinión que no comparto como lo vengo sosteniendo.

"La anterior consideración es conveniente que sea examinada por la honorable Sala de este Tribunal Administrativo, a fin de que observe que la conducta procesal de la parte que represento no es desleal y por consiguiente en tal caso no puede penársele con imposición de costas, o al menos procesalmente tal cariz no debe influir en éstas.

"Ruego entonces a los honorables Magistrados por lo expuesto conceder el presente recurso de apelación, desde luego considerando que en el trámite del recurso ante el superior honorable Consejo de Estado —apliaré (sic) mis puntos de vista y los que surgen en el impulso del mismo".

III

Vista fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, rindió el concepto de ley, en el cual, destaca:

"Al comenzar el estudio del expediente, este Despacho se permite observar, que teniendo en cuenta lo estipulado en la demanda, el presente negocio es de única instancia.

"A folios 1º vuelto y 2º del expediente, el actor dice: 'De los anteriores perjuicios, causados a mi patrimonio y persona por el Municipio de Santa Fe de Antioquia, estimo que los materiales, o sean el daño emergente y el lucro cesante, ascienden a una suma superior a un millón de pesos ($ 1.000.000.oo)...'

"Más adelante dice: '...por concepto de perjuicios morales, la suma de dos mil pesos moneda legal ($ 2.000.oo)...'

"El artículo 131-10 del nuevo Código Contencioso Administrativo, establece que los procesos de reparación directa cuya cuantía no exceda de dos millones de pesos ($ 2.000.000.oo), serán de única instancia.

"La anterior disposición en concordancia con el artículo 266 *ibídem* y teniendo en cuenta que las normas de procedimiento, por regla general son de aplicación inmediata, permite afirmar que el presente proceso es de única instancia.

"Debe advertirse, que la cuantía se debe tomar en consideración es la señalada en la demanda y no la que estiman los peritos en el dictamen que rindieron durante el trámite del proceso, como equivocadamente lo pretende el actor en el memorial de apelación.

"Por lo expuesto, esta Fiscalía se permite solicitar al honorable Consejero sustanciador, se anule la actuación practicada en esta Corporación y se devuelva el negocio al Tribunal de origen".

IV

Consideraciones de la Sala:

a) La providencia del *a quo* será confirmada pues la configuración de la cosa juzgada es clara dentro del proceso. En efecto en la demanda que el actor presentó ante el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia se afirma, en el hecho séptimo de la *causa petendi*, que: "...en diligencia del 21 de julio de 1980 la Alcaldía Municipal de Santa Fe de Antioquia, procedió a la destrucción de una ramada construida por el suscrito en el inmueble de mi propiedad y a retirar de allí 265 piezas de madera aserrada de varias dimensiones; 55 estacones u orillos de madera; 9 largueros de madera redonda; 10 parales de madera redonda; 16 piezas de madera aserrada; 3 tirantes o soleras; 6 piezas de madera redonda y 20 tejas de Eternit número 20. Estos elementos —agrega— fueron trasladados al cuartel de la policía de esta ciudad donde, naturalmente, por el transcurso del tiempo se han deteriorado". Sin embargo la Sala observa al *a quo* que la prueba de la excepción no fue incorporada al proceso en la primera instancia. Ello se logró en ésta y en virtud de lo dispuesto en auto de tres (3) de octubre de 1986, visible al folio 121 del cuaderno número 1;

b) El Tribunal Superior de Medellín, al revocar la sentencia inhibitoria del *a quo*, en providencia calendada el tres de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, hizo consideraciones en torno a lo pedido, por el actor en los puntos tercero y cuarto del *petitum* donde se demandó, entre otras cosas, el pago del "...precio o costo de la construcción de la obra destruida hasta ser puesta en estado de funcionamiento tal como estaba antes de su demolición o sea el 21 de julio de 1980". Al ordenar la restitución del inmueble, dispuso el pago de los frutos civiles a partir del 9 de marzo de 1982, y lo hizo con la consideración clara de que en ellos "...*no va envuelta la idea de una punición, sino el reconocimiento de los normales efectos del derecho de propiedad...*" (Cuaderno número 1, fl. 161 vto. Subrayado de la Sala).

En esta forma, a juicio de esta Corporación, decidió en el fondo sobre una de las pretensiones del actor, tipificándose el fenómeno de la cosa juzgada, al quedar ejecutoriada la referida providencia. En este particular parece conveniente recordar que: "Generalmente se dice que la cosa juzgada está contenida en la parte resolutiva y dispositiva de la sentencia, pero esta afirmación tiene un valor relativo. En esta parte se encuentra de ordinario la resolución, es decir, la conclusión a que ha llegado el sentenciador; *pero esa conclusión es producto de un análisis, cuya trayectoria queda expuesta en las consideraciones o motivaciones que la anteceden. De esta manera es posible separar aquella de éstas, para conocer su sentido y alcance* (Subrayado de la Sala).

Tampoco debe tomarse el tenor literal de la decisión en forma rigurosa, sino, por el contrario, investigar su alcance y contenido racional y lógico y para eso es muy útil y aún indispensable el examen de la parte motiva del fallo..." (Compendio de Derecho Procesal. Tomo 1.

Teoría General del Proceso, Décima Edición, 1985, pág. 521. Hernando Devis Echandía);

c) La Sala observa que la sentencia del *ad quem* dio lugar a una solicitud de aclaración y adición, como se aprecia al leer el escrito que obra al folio 164 del cuaderno número1. Allí se impetra la aclaración de unos linderos. Nada más, ni nada menos. Manejando la lógica de lo razonable, es correcto suponer que si el demandante hubiera considerado que uno de los extremos de la litis se había quedado sin decisión, hubiese hecho uso de tal remedio procesal para dejar las cosas en claro. Pretender ahora, por la vía de la acción y ante lo contencioso administrativo, revivir esperanzas o modificar los fallos dictados por jueces de otra jurisdicción no deja de ser una extralimitación, que atenta contra la buena fe procesal. Sobre el particular la Sala ha sentando pautas jurisprudenciales en el sentido de que "...sería absurdo que por una jurisdicción se logren señalar los perjuicios y por la otra se puedan apreciar otros cuando, alrededor del daño, éste debe ser igual en una y en otra" (Sentencia de abril 12 de 1984. Proceso 2586. Actor Eduardo Rincón. Consejero ponente: Doctor José Alejandro Bonivento);

d) El fenómeno jurídico de la cosa juzgada hace imposible la revisión de la sentencia a través de proceso posterior. Las notas de *inmutabilidad* y *definitividad* que son de su esencia llevan al sentenciador a abstenerse de fallar en el fondo. Razones de seguridad jurídica, como lo enseña Luis Legaz y Lacambra, sirven de apoyo a tal institución. Por ello enseña:

> "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 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" (Filosofía del Derecho. Bosch, págs. 620 y 621);

e) La Sala no podría dejar pasar, sin la censura correspondiente, la conducta procesal del demandante que, habiendo acudido ante la jurisdicción ordinaria, para que ésta le definiera todo lo relacionado con sus pretensiones, y frente a la sentencia desfavorable de primera instancia, que en su momento procesal oportuno recurrió ante el Tribunal Superior de Medellín, decidió demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que éste se ocupara de definir una parte de la *causa petendi* cuando el *ad quem* todavía no había desatado el recurso interpuesto. Por ese sendero también se dio entrada a la excepción de pleito pendiente y a una conducta contradictoria que también es contraria a la buena fe procesal. Si sobre estos particulares no se hacen mayores consideraciones es en homenaje a la cosa juzgada, que elimina la posibilidad de divagar sobre otros tópicos;

f) Finalmente, y para definir el aspecto planteado por la Fiscalía, que demanda que se decrete la nulidad de todo lo actuado en esta instancia, por las razones que allí se enlistan. Se recuerda que en su momento esa solicitud se tramitó y fue decidida negativamente, en auto de veintisiete (27) de mayo de 1986, visible a folios 118 y siguientes del cuaderno número 1. En tales circunstancias, tiene aplicación el inciso cuarto del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil en cuanto preceptúa: "El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos anteriores a la oportunidad de excepciones previa *o a indicente ya decidido, o que se proponga después de allanada*" (Subrayado de la Sala).

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 Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso radicado ante el *a quo* con el

número 17946 y ante el *ad quem* con el número 4658, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

2º Condénase a la parte actora al pago de las costas causadas en segunda instancia.

3º Se rechaza de plano el incidente de nulidad planteado por la Fiscalía.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio César Uribe Acosta, Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

COSA JUZGADA. OPORTUNIDAD PARA EXAMINARLA. CONFIGURACION.—

La figura de la cosa juzgada se configura por la identidad de los 3 elementos mencionados en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, a saber: La causa, el objeto y las partes. LA COSA JUZGADA NO existe sobre las pretensiones de la demanda que no fueron resueltas en la sentencia.

SALVEDAD DE VOTO

Referencia: Expediente número 4658. Apelación sentencia. Actor: Roberto Flórez Acevedo. Demandado: Municipio de Santa Fe de Antioquia.

Con toda consideración me veo precisado a apartarme del criterio mayoritario porque estimo que en el caso *sub júdice* no se configura el fenómeno de la cosa juzgada que tanto el fallo recurrido como la sentencia de la Sala dan por demostrado. Como fundamento de mi voto disidente, transcribiré primeramente algunos apartes de la ponencia que presenté y defendí en la Sala y que ésta no acogió; posteriormente aduciré algunos argumentos e ideas adicionales que no figuraron en la ponencia mencionada, respaldados por la autoridad de nuestros procesalistas más connotados.

I. La ponencia rechazada por la Sala:

Propuse a la Sala la revocatoria total de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia para que, en su lugar, se declare administrativamente responsable al Municipio de Santa Fe de Antioquia de los daños y perjuicios sufridos por el actor como consecuencia de los hechos ocurridos en esa localidad el día 21 de julio de 1980, mediante los cuales las autoridades del Municipio destruyeron una caseta y unos cercos de propiedad del demandante y lo despojaron de unos materiales y maderas que le pertenecían, y que se condenara consecuencialmente al nombrado Municipio a pagar al actor las sumas que se concretaran por el procedimiento previsto al efecto en el Código de Procedimiento Civil. Las razones en que fundamenté esa propuesta, en cuanto a la no existencia del fenómeno de la cosa juzgada, fueron las siguientes que copio textualmente de la ponencia derrotada:

Respecto de la cosa juzgada, la impugnación se refiere a dos aspectos: La inoportunidad de su examen "a última hora", circunstancia que pudo haber afectado el derecho de defensa de la parte contra la cual se opone la excepción, pues "por estar fuera del debate probato-

rio, no pudo ser controvertida". El otro aspecto se refiere a la estructura misma de esa figura jurídica, respecto a la cual argumentó que no había identidad de objeto entre los dos procesos.

Sobre la oportunidad para examinar la cosa juzgada, el Código Contencioso Administrativo (art. 164) dispone que en la sentencia *definitiva* se decidirá sobre cualquier excepción que "encuentre probada" el fallador, *propuesta o no*; sin perjuicio de la *"reformatio in pejus"* cuando actúa el *ad quem*. Por lo tanto, no puede alegarse que se vulnera el derecho de defensa, cuando el sentenciador declara probada la excepción de cosa juzgada, porque *"ab initio"* el demandante conoce esa eventualidad y desde entonces puede defenderse. Por idéntica razón no resulta de recibo la afirmación de que ese punto estaba fuera del debate probatorio y por ello no pudo ser controvertido; porque las pruebas se van aportando al proceso mediante una ritualidad que garantiza su publicidad interpartes, lo cual permite al interesado formular los reparos de hecho o de derecho que estime procedentes y, además, porque en las oportunidades procesales pertinentes puede procurar la contraprueba respectiva.

En cuanto a la estructura misma de la figura de la cosa juzgada, se observa que ésta puede presentarse entre sentencias proferidas dentro de una misma jurisdicción o, como en el caso *sub júdice*, en relación con fallos pronunciados por jurisdicciones diferentes. En este evento, la sentencia recurrida afirma que la cosa juzgada se presentó respecto de un fallo de la jurisdicción civil.

El Código de Procedimiento Civil dispone en su artículo 332 que: "La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes". Luego la figura de la cosa juzgada se configura por la identidad de los tres elementos mencionados, a saber: La causa, el objeto y las partes.

Pero el cabal entendimiento de la anterior disposición implica:

a) Que el primer proceso debe estar legalmente concluido, pues de lo contrario procedería la estimación de la excepción denominada "pleito pendiente";

b) Que la confrontación del *objeto* del nuevo proceso debe hacerse con lo decidido en la sentencia que le puso fin al litigio anterior, pues respecto de aquellas pretensiones en relación con las cuales no haya existido decisión de fondo no puede alegarse la cosa juzgada, en virtud de que sólo el pronunciamiento de mérito define la existencia o no del derecho reclamado. Y tal definición es la que el legislador pretende tutelar con la institución de la cosa juzgada;

c) Que cuando se han formulado diversas pretensiones, cada una de ellas debe ser motivo de comparación en los dos procesos, puesto que es factible que unos mismos hechos den lugar a distintas reclamaciones entre las mismas partes: Y sólo habría cosa juzgada entre aquellas peticiones que sean sustancialmente idénticas.

Ahora bien: Aplicando las anteriores ideas al caso *sub lite*, la Sala observa lo siguiente:

1º El fallo de primera instancia se fundamentó en los documentos que obran a folios 48 a 88 del cuaderno número 1, y cuyo análisis dio lugar a que el *a quo* encontrase probada la excepción de cosa juzgada. Mas acontece que tales documentos no podían ser tenidos en cuenta por el *a quo* como medios idóneos de convicción, porque no fueron oportunamente aportados, ni previamente ordenó tenerlos como pruebas, violando de esta manera los principios de legalidad, oportunidad, publicidad y contradicción de la prueba.

2º Si los documentos referidos no pueden ser estimados por el fallador, mal se puede, con base en ellos, considerar demostrados los hechos a que los mismos se refieren. Vale decir, pues, que no es dable dar por demostrados los hechos que sirvieron de soporte al Tribunal para declarar probada la excepción de cosa juzgada. Esto sería suficiente, por sí solo, para revocar la sentencia de primera instancia en cuanto ella hizo tal declaración. Pero aún hay algo más.

3º No obstante lo que se acaba de expresar, ha de tenerse en cuenta que el objeto de los procedimientos es buscar la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, para lo cual el legislador estableció la obligatoriedad para el juez de decretar pruebas de oficio, cuando sean "útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes".

En efecto, así lo hizo la Sala (fls. 121 y 122, C. 1) y obtuvo copia auténtica de la demanda que se promovió ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, de su adición, de las contestaciones que les dio el Municipio, de las sentencias de primera y segunda instancias, con sus constancias de notificación, de la apelación que se interpuso, del auto que la concedió, de la actuación ante el Tribunal y del trámite surtido en la liquidación de perjuicios.

El contenido de la referida documentación, tampoco permite declarar demostrada la cosa juzgada, porque —como lo alegó el apoderado de la parte actora— el proceso que se adelantó ante la jurisdicción civil tuvo un objeto diferente al perseguido mediante el proceso contencioso administrativo que por esta providencia se decide.

En efecto: Aquél versó sobre una acción de dominio o reivindicatoria, con las consecuenciales pretensiones de reclamo por frutos que el propietario habría podido obtener mediante la explotación del fundo con mediana inteligencia y cuidado; al paso que este proceso no tiene como finalidad ni la reivindicación, ni los perjuicios derivados de la imposibilidad de obtener tales frutos, sino que se reclama el pago de otros perjuicios materiales causados por el Municipio demandado, derivados de una actividad administrativa, tales como los descritos en el hecho 3º de la demanda (fl. 1, C. Nº 1), que dicen relación con el valor de una ramada, de unos cercos y de unos materiales de construcción que el actor tenía en ese lugar, además de los perjuicios morales causados por el atropello que invoca, en la actuación administrativa, concretado no sólo sobre el despojo de su lote, sino también sobre el de sus otros bienes muebles, destruidos o deteriorados, como consecuencia de la orden dada por las autoridades municipales.

De lo anterior se deduce que no existe la cosa juzgada, luego se procede al examen de las pretensiones de la demanda.

Los hechos fundamentales que invocó el actor como *causa petendi* se pueden resumir así: El demandante tenía construida una caseta y un cerco en un predio de su propiedad y en el mismo lugar conservaba unos materiales de construcción destinados a la venta. El Municipio de Santa Fe de Antioquia, sobre el supuesto de que tal inmueble era un bien público de la Nación, destruyó la caseta y retiró los materiales, dejándolos en el Comando de la Policía en circunstancias que los deterioraron hasta convertirlos en inservibles.

La copia auténtica de la diligencia de desalojo que obra a folio 20 de este cuaderno, firmada por el Alcalde y el Personero del Municipio demandado, por el vigilante de los obreros municipales, por tres agentes de la policía, por el conductor de la volqueta municipal y por el Secretario de la Alcaldía, cuyo contenido no ha sido objeto de controversia en este proceso, demuestra la existencia de los hechos constitutivos de la destrucción de la caseta, del cerco y del traslado de los materiales a los patios del Comando de la Policía, en donde aún los tiene la administración municipal.

La escritura pública debidamente registrada aportada al plenario (fl. 15), el certificado de tradición expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Fe de Antioquia (fl. 39) y el texto de la diligencia de inspección judicial practicada dentro del proceso (fls. 16 a 18) acreditan que, en efecto, la caseta, el cerco y los materiales de construcción aludidos se encontraban en el predio del demandante. Que destruidos el cerco y la caseta, sus restos, junto con los demás materiales que allí había, descritos en el acta, fueron llevados, por la administración, al Comando de la Policía, en donde aún se encontraban en la fecha de la diligencia (17 de noviembre de 1983) arrumadas 120 rastras de cedro, "aproximadamente", en buen estado algunas y otras en regular estado, además de otros materiales no especificados en cuanto a cantidad y condiciones.

Los anteriores hechos están corroborados por los testimonios de Pedro Vicente Carvajal, José Duberlino Panesso Quiroz, Baudilio de Jesús Agudelo Agudelo, Blanca Gilma Agudelo de Serna y Ejidio Tilano (fls. 26 vto. a 32), luego procede ordenar el resarcimiento de tales perjuicios, pues no existe justificación legal para que el municipio hubiera destruido la caseta y el cerco, y hubiera despojado a su dueño de los demás materiales, desconociendo así la tutela constitucional de la propiedad privada (arts. 16, 20, 30 y 32).

II. Las consideraciones adicionales:

La opinión mayoritaria, refiriéndose a la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató, con fecha 3 de febrero de 1984, el recurso de apelación que contra la de primer grado interpuso la parte actora dentro del proceso reivindicatorio iniciado ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, manifiesta que tal sentencia, "dio lugar a una solicitud de aclaración y adición, como se aprecia al leer el escrito que obra al folio 164 del cuaderno número 1. Allí se impetra la aclaración de unos

linderos. Nada más; ni nada menos. Manejando la lógica de lo razonable, es correcto suponer que si el demandante hubiera considerado, que uno de los extremos de la litis se había quedado sin decisión, hubiese hecho uso de tal remedio procesal para dejar las cosas en claro..."

A pesar de las apariencias, el párrafo transcrito no es suficientemente explicativo, ni claro y exige ser glosado. Lo que la Sala quiso decir sin lograrlo, es que la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Medellín —Sala Civil— no se pronunció sobre uno de los extremos de la litis planteada ante la justicia ordinaria, esto es, que omitió resolver una de las pretensiones contenidas en la demanda formulada por el señor Flórez Acevedo, pero que como éste al solicitar la aclaración de la sentencia tan sólo pidió que se aclarasen unos linderos, y no impetró que se adicionara el fallo con un pronunciamiento relativo a la pretensión que el Tribunal Superior de Medellín dejó de resolver, hay que entender que se produjo un pronunciamiento tácito, en sentido negativo, sobre la pretensión no resuelta, el cual queda cobijado por la fuerza de la cosa juzgada. Es decir, que la providencia de la mayoría, "manejando la lógica de lo razonable", consagra la novísima figura de la cosa juzgada presunta por omisión, o el silencio judicial con efectos negativos, olvidando que la Constitución Nacional dispone imperativamente, en su artículo 163, que toda sentencia debe ser motivada, y desconociendo —de paso— la figura que los tratadistas de derecho procesal denominan *"fallo citra petita"*, que se presenta cuando el juzgador deja de resolver sobre el litigio que le ha sido sometido para su composición o cuando quiera que el juez omite pronunciarse sobre algún punto de la pretensión o sobre alguna excepción, como lo expresa Devis Echandía con su habitual claridad (cf. "Tratado de Derecho Procesal Civil", T. III, Temis, 1963, págs. 357 a 360).

Desconoce, en efecto, la opinión mayoritaria el canon 163 de la Constitución Nacional porque si se lee con detenimiento la sentencia a la cual se le atribuyen efectos de cosa juzgada, podrá observarse que en parte alguna de sus considerandos el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín adelantó estudios, consideraciones o argumentaciones relativos al punto que constituye el objeto medular del presente proceso. Vana será la búsqueda que en procura de ellos se haga por quien se interese en indagar la verdad de lo acontecido. Y mucho más huérfana de resultados aparecerá la averiguación que se intente al confrontar las peticiones de la demanda formulada ante la jurisdicción contenciosa administrativa con las determinaciones contenidas en la parte resolutiva de la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín. Sin embargo, la mayoría acepta y, aún más, instituye la decisión tácita, el silencio judicial con efectos negativos, en contra del querer rotundo y terminante del constituyente, quien exige que toda decisión judicial debe ser motivada y, por consiguiente, expresa y no tácita o presunta.

Olvida, además, la mayoría lo que los doctrinantes en derecho procesal denominan *"fallo citra petita"* y los efectos propios y particularísimos de tal categoría de decisiones, uno de los cuales —y no el de menor importancia— es el de que ellos no producen cosa juzgada, como no la producen tampoco las sentencias inhibitorias. Y resulta

difícil encontrar algo más parecido a un fallo inhibitorio, que uno que deja de pronunciarse respecto de una, varias o todas las pretensiones deducidas en la demanda. En efecto: Tanto el fallo *"citra petita"* como el inhibitorio revelan, objetivamente miradas las cosas, una misma situación: La abstención de la Rama Jurisdiccional del Poder Público a "decir el derecho" en un caso concreto. Sólo que en el evento del fallo inhibitorio, tal abstención tiene un fundamento fáctico y jurídico que la legítima (ausencia de uno de los presupuestos procesales, por ejemplo), en tanto que en el caso del fallo *"citra petita"* tal fundamento no existe y lo que se presenta es la omisión en el cumplimiento del deber que al Estado le imponen los derechos de acción y de contradicción en cabeza de todos sus súbditos.

Con sobrada razón expresa Devis Echandía en su "Tratado de Derecho Procesal Civil" lo siguiente:

"465. *La cosa juzgada no existe sobre las pretensiones de la demanda que no fueron resueltas en la sentencia.*

"Como vimos al tratar de la incongruencia de la sentencia por *citra petita* (cfr. núm. 446, letra C), *cuando el fallador deja de resolver sobre el litigio o parte de este, es decir, sobre todas o algunas de las peticiones contenidas en la demanda, debiendo hacerlo, existirá una sentencia negatoria de justicia total o parcialmente*, y por esta razón deja de cumplir el deber que al Estado le imponen los derechos de acción y de contradicción. Lo primero ocurrirá cuando se deniegue la decisión en el fondo sin ser procedente la inhibición o se aplace la resolución sin motivo legal; *lo último, cuando a pesar de dictarse sentencia de fondo se deja de resolver sobre alguna petición. En estos casos la sentencia no constituye cosa juzgada sobre lo no resuelto en ella.*

"Cuando la sentencia inhibitoria se debe a que efectivamente existe un impedimento legal para resolver en el fondo por defectos de la demanda (cfr. núm. 446, letra C) o por una excepción perentoria temporal nuestra o dilatoria en doctrina (cfr. núm. 427), *tampoco existe cosa juzgada*, como lo vimos en el número anterior. *En aquellos casos la decisión inhibitoria es ilegal —y en estos—, legal, pero la ausencia de cosa juzgada aparece en todos.*

"*Cuando hay sentencia de fondo o mérito, pero al juzgador se le olvidó resolver sobre parte de las peticiones de la demanda, debiendo hacerlo* (porque si accede a las principales no necesita resolver las subsidiarias, y si se trata de alternativas a voluntad del demandado o del juez, debe limitarse a la escogida), *no existe cosa juzgada sobre la cuestión omitida, pues de lo contrario habría que concluir que entonces existe una negación implícita de lo no resuelto, y esto nos parece una evidente contradicción.* Es cierto que existen decisiones implícitas, tanto de las peticiones como de las excepciones, cuando, si bien la parte resolutiva nada dice sobre ellas, en las motivaciones quedan estudiadas y rechazadas (cfr. núm. 428, letra Q, 448 y 515); pero en este caso no se trata de que falte la decisión, sino de que esta se encuentra tácita en la sentencia. *Contemplamos el caso de que ni expresa ni implícitamente exista decisión sobre alguna de las peticiones*

de la demanda, y entonces es imposible sostener que exista cosa juzgada sobre ella. Podrá el demandante iniciar nuevo juicio para que se resuelva sobre tal punto.

"En cambio, si se omite resolver sobre alguna excepción del demandado, la situación es muy diferente. Habrá una ilegalidad en la decisión, pero como tal excepción es inseparable de la pretensión que atacaba, al resolverse favorablemente sobre esta queda constituida la cosa juzgada respecto de cualquier medio de defensa que haya sido alegado o hubiera podido alegarse frente a ella.

"En todos los casos existirá el defecto sustancial de incongruencia por *citra petita*, que puede ser corregido por la la (sic) apelación o el recurso de casación. *El problema se presenta sólo cuando se trate de sentencia definitiva sin recursos o ejecutoriada por falta de oportuna impugnación*" (Op. Cit., Tomo III, Parte General, —De los Actos Procesales, Primera Parte—, Ed. Temis, Bogotá, 1963, págs. 455 y 456; todas las subrayas son del suscrito).

Y que la expedición del Código de Procedimiento Civil de 1970 no varió sustancialmente lo referente a la no existencia de cosa juzgada en las sentencias que dejan de resolver las pretensiones formuladas en la demanda, lo comprueban los siguientes pasos del "Compendio de Derecho Procesal Civil" de que es autor el propio tratadista Hernando Devis Echandía que seguidamente copio:

"292. *La cosa juzgada no existe sobre las pretensiones de la demanda que no fueron resueltas en la sentencia.*

"*Cuando hay sentencia de fondo o mérito, pero al juzgador se le olvidó resolver expresa o tácitamente sobre partes de las pretensiones de la demanda debiendo hacerlo* (porque si accede a las principales no necesita resolver sobre las subsidiarias, y si se trata de alternativas a voluntad del demandado o del juez, debe limitarse a la escogida), *no existe cosa juzgada sobre la cuestión omitida.*

"En cambio, si se omite resolver sobre alguna excepción del demandado, la situación es muy diferente. Habrá una ilegalidad en la decisión, pero como tal excepción es inseparable de la pretensión que atacaba, al resolverse favorablemente sobre ésta, queda constituida la cosa juzgada respecto de cualquier medio de defensa que haya sido alegado o hubiera podido alegarse fuera de ella. En estos casos existirá el defecto sustancial por *citra petita*, que puede ser corregido por la apelación o el recurso de casación. *El problema se presenta sólo cuando se trate de sentencia definitiva sin recursos o ejecutoriada por falta oportuna de impugnación; entonces la cosa juzgada hará definitiva e inmodificable la sentencia, pese al error que en ella se contenga y NO PODRA EL DEMANDADO PLANTEAR EN NUEVO PROCESO LA EXCEPCION que en aquél no se tuvo en cuenta*, en forma de pretensión de su propia demanda.

"....."

(Op. Cit., Tomo I, Teoría General del Proceso, 10ª Ed. A.B.C., Bogotá, 1985, pág. 520. Las sublíneas y las mayúsculas no son del texto).

Y el doctor Hernando Morales M. en su "Curso de Derecho Procesal Civil" si bien es menos explícito no deja de tocar el tema cuando expresa:

"571. *Tampoco constituyen cosa juzgada las sentencias* que declaren probada una excepción temporal como antes de tiempo, pues no impiden iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento, y las *inhibitorias porque no deciden de mérito es decir no juzgan, por lo cual no hay cosa juzgada*" (Op. Cit., Parte General, 6ª Ed., Ed., A.B.C. Bogotá, 1973, pág. 495, subraya el suscrito).

Y como ya se dijo, nada más semejante a una sentencia inhibitoria que una sentencia que omite juzgar o decidir sobre una o varias peticiones de la demanda, porque ninguna de las dos juzga.

Las precedentes consideraciones que, a mi entender, demuestran suficientemente la sinrazón de la opinión mayoritaria, cobran mayor fuerza aún si se considera, como es preciso hacerlo ante la motivación del fallo de que me aparto, que la Sala incurre en exorbitancia en el tratamiento y concepción del fenómeno de la cosa juzgada pues lo fundamenta en uno de los hechos narrados por el actor en la demanda formulada ante la jurisdicción ordinaria (Ver letra a de las "Consideraciones de la Sala") hecho que, en su sentir, es idéntico al que sirve de fundamento a la demanda incoada ante esta jurisdicción especializada, con lo cual la opinión mayoritaria olvida que si bien es cierto que la *causa petendi* debe estar contenida, fundamentalmente, en los hechos que se narran en la demanda como fuente del derecho cuya protección o reconocimiento jurisdiccional se impetra, no es menos cierto que no todos los hechos relatados en un escrito de demanda constituyen, por esa sola circunstancia, *causa petendi* de las pretensiones en él deducidas, toda vez que en múltiples ocasiones los hechos reseñados por un demandante se incluyen en el correspondiente capítulo del libelo a manera de antecedentes de otros que, ellos sí, configuran la causa para pedir, o se narran —como suele decirse— para mayor abundamiento y claridad de la exposición que hace el demandante. Esa distinción, sutil si se quiere pero evidente, no fue tenida en cuenta por la mayoría y dicha omisión tuvo como consecuencia la de hacer extensiva la fuerza de la cosa juzgada a circunstancias fácticas que por demás, no eran ni fueron determinantes de las pretensiones deducidas ante la justicia ordinaria en el proceso reivindicatorio decidido mediante el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Fecha *ut supra.*

Respetuosamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo.

CONDENA. ACTUALIZACION (art. 178 del Decreto 01 de 1984 del C. C. A.).—
No puede decretarse de oficio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., nueve de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4944. Indemnizaciones. Actor: Pablo Emilio Naranjo Pérez y otro.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de julio 23 de 1986, dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Mediante ese proveído, dispuso:

"1º *Declarar* a la Nación (Policía Nacional) administrativamente responsable de las lesiones sufridas por el menor Hugo Noel Naranjo Muñoz, de las condiciones civiles y naturales conocidas dentro del proceso, y ocurridas el veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, dentro del perímetro urbano de esta ciudad, a manos de un agente de la Policía Nacional; por las razones que se dejaron expuestas dentro de las consideraciones del presente fallo.

"2º *Declarar* igualmente, a la Nación (Policía Nacional) administrativamente responsable de los daños y perjuicios consiguientes irrogados tanto al menor Hugo Noel Naranjo Muñoz, ya conocido, como a sus progenitores Pablo Emilio Naranjo Pérez y Florentina Muñoz de Naranjo, cuyas condiciones civiles y personales fueron vistas dentro del proceso; en razón de las lesiones padecidas al primero de los citados, que le dejaron consecuencias y perturbacones funcionales permanentes.

"3º Como consecuencia de las anteriores declaraciones, *se condena* a la Nación (Policía Nacional), *in génere*, a pagar el valor de los perjuicios patrimoniales (materiales) causados a los demandantes ya conocidos, y se liquidarán en la forma incidental del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo las reglas consignadas dentro de la presente sentencia. Tanto a la cuantía fijada dentro de la demanda, como a la suma resultante luego de la liquidación, se le harán los ajustes de valor previstos por el Código Contencioso Administrativo en su artículo 178.

"4º *Condénase* a la Nación (Policía Nacional) a pagar, a título de indemnización por perjuicios morales, y en favor de *cada uno de los demandantes*, la suma de *un mil gramos de oro fino*, según certificación que otorgue el Banco de República.

"5º Esta sentencia se cumplirá dentro del término fijado por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo. Y las sumas resultantes devengarán intereses comerciales por los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo, y moratorios después de este término (art. 177, inciso final del C. C. A.).

"Si no fuere apelada consúltese con el Superior.

"Dése cumplimiento a lo ordenado por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo".

En el libelo, presentado el 23 de noviembre de 1984 se expusieron los siguientes hechos fundamentales:

"*Primero*. En las primeras horas de la noche del 28 de noviembre de 1981, se hallaban en la ciudad de Tunja Pablo Emilio Naranjo Pérez y su menor hijo Hugo Noel Naranjo Muñoz, frente a su casa de habitación de la Avenida Colón número 19-94, dedicados a efectuar un rápida revisión al sistema de arranque del vehículo propiedad del primero de los mencionados, cuando de improviso el sujeto Salomón Perdomo Gaviria quien se hallaba dentro de un establecimiento público frente al sitio indicado, salió y disparó contra el menor, causándole heridas de gravedad.

"*Segundo*. El sujeto Salomón Perdomo Gaviria, para el 28 de noviembre de 1981 se encontraba en ejercicio de sus funciones y atribuciones como agente de la Policía Nacional, adscrito al Departamento de Policía 'Boyacá'.

"*Tercero*. Como consecuencia de las lesiones sufridas, el menor Hugo Noel Naranjo Muñoz, sufrió trauma medular causado por proyectil de arma de fuego con nivel sensitivo, vejiga neurogénica de neurona motora superior, paraparesia permanente.

"*Cuarto*. El agente Salomón Perdomo Gaviria fue sindicado de las lesiones sufridas por el menor y se le siguió proceso penal militar el cual finalizó con sentencia por medio de la cual el señor Comandante del Departamento de Policía de Boyacá, en su calidada de Presidente del Consejo de Guerra, acogiendo el veredicto de responsabilidad que por mayoría de votos emitieron los Vocales en el cuestionario único puesto a su consideración *condenó* por el delito de lesiones personales culposas al agente de la Policía Nacional tantas veces citado.

"*Quinto*. En virtud del recurso de apelación la providencia anotada anteriormente fue conocida por el Tribunal Superior Militar, cuerpo éste que la confirmó modificando solamente la pena impuesta, en sentencia de fecha doce (12) de julio de 1984.

"*Sexto*. El menor lesionado recibió de inmediato oportuna y cumplida asistencia médica inicilamente en la ciudad de Tunja y posteriormente en el Hospital Lorencita Villegas de Santos de la ciudad de Bogotá.

"*Séptimo*. El menor Hugo Noel Naranjo Muñoz gozaba momentos antes del incidente fatal de completa y buena salud física.

"*Octavo*. El agente de la Policía Nacional Salomón Perdomo Gaviria estaba ingiriendo licor en el establecimiento público en compañía de varias personas.

"*Noveno*. El menor Hugo Noel Naranjo Muñoz en ningún momento se expuso imprudentemente al peligro.

"*Décimo*. Durante la etapa sumarial el agente Salomón Perdomo Gaviria aceptó y confesó ser el autor del disparo que lesionó a la víctima.

"*Undécimo*. Cuando sufrió las lesiones el menor Hugo Noel Naranjo tenía la edad de trece (13) años.

"*Duodécimo*. Hugo Noel Naranjo sufrió un daño físico de tal magnitud que le impide una vida normal y el mismo desarrollo de las actividades propias de su edad y de las que le exige el medio en que se desenvuelve así como también, un menoscabo de sus expectativas lo cual le ha causado hondas repercusiones psíquicas.

"*Décimo tercero*. Pablo Emilio Naranjo y Florentina de Naranjo como padres de la víctima, han sido lesionados igualmente en el orden moral, sentimental y social".

El Tribunal para dictar su sentencia condenatoria concluyó que en el caso *sub júdice* se habían acreditado en forma plena o satisfactoria los supuestos de la responsabilidad del ente demandados. El análisis probatorio, basado fundamentalmente en pruebas practicadas por el mismo despacho, pone de presente la actuación imprudente y culposa del agente de policía Salomón Perdomo Gaviria, quien sin mediar provocación alguna de la víctima y haciendo un uso indebido del arma de dotación oficial, la lesionó seriamente, dejándole secuelas definitivas e irreparables en su locomoción y las vías urinarias, como que le interesó seriamente la médula espinal a nivel medio.

Igualmente anota el *a quo* que entre ese hecho y el perjuicio sufrido por el señor Hugo Noel Naranjo Muñoz existe una clara relación de causalidad y que por parte alguna se acreditó una causal eximente de la responsabilidad estatal, ya que el agente actuó en función del servicio, pero en forma inadecuada y excesiva.

En el mismo fallo se dispuso la condena por concepto de perjuicios morales, siguiendo la orientación tradicional de la jurisprudencia, con la imposición de 1.000 gramos oro (equivalente en pesos colombianos) tanto para los padres de la víctima como para ésta. En lo que toca con los materiales, la condena se hizo en abstracto y para el efecto se señalan las pautas que se leen a folios 120 del expediente con un límite indemnizatorio de $ 7.000.000.oo y con una orden, oficiosa, de actualización de la condena.

Proferido el fallo condenatorio el 23 de julio de 1986, apeló la parte actora por estar en desacuerdo, únicamente, con la limitación cuantitativa de la indemnización en la mencionada cantidad.

La entidad pública guardó silencio. Pero como la sentencia impuso obligación a su cargo, debe entenderse que viene al conocimiento de esta Sala por la doble vía: La apelación y la consulta. Se hace esta precisión porque en eventos como el aquí estudiado los poderes de esta Sala no están gobernados por los efectos de la apelación, claramente delimitados en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por autorización del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

Cumplido el trámite de rigor en esta segunda instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

La señora Fiscal colaboradora, en su vista de marzo 24 de este año (a fls. 134 y ss.) estima que la sentencia debe ser confirmada con la revocatoria de la limitación cuantitativa impuesta en la misma.
Arguye en el concepto aludido:

"Estudiado el expediente este Despacho encuentra que las consideraciones que llevaron al fallador de instancia para declarar la responsabilidad de la Nación, de conformidad con el acervo probatorio de los autos, se ajustan del todo a las normas legales y jurisprudenciales dentro de las cuales se exige la demostración de la falla del servicio. el daño ocasionado y la relación de causalidad entre la falla y el daño.

"Demostrados como fueron estos elementos axiológicos dentro del proceso, se profirió sentencia condenatoria en concreto, respecto al pago de los perjuicios morales debidos a los demandantes y se condenó en abstracto en relación a los perjuicios patrimoniales pero con una limitación cual fue la de que una vez tramitado el incidente de regulación de perjuicios de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil el valor total de las respectivas indemnizaciones no podrá superar la cantidad de $ 7.000.000.oo fijada como cuantía de la demanda.

"No comparte esta Fiscalía la limitación impuesta por el *a quo* en la sentencia por cuanto el Tribunal interpretó que la totalidad de la indemnización solicitada por el actor era la cantidad anotada desconociendo que una es la cuantía estimada para determinar la competencia y otra muy distinta es la que resulta en el proceso de acuerdo con las pretensiones y los perjuicios que se logren probar.

"De la lectura de la demanda se deduce claramente que la pretensión del actor se encamina a obtener el resarcimiento de los perjuicios en la cuantía que se determine en el juicio, así que la cantidad fijada se debe entender como cuantía para determinar la competencia solamente.

"La jurisprudencia ha establecido que: 'El numeral 1º del artículo 20 sienta una regla general para el estimativo de la cuantía: Los accesorios no causados o, mejor, las pretensiones sobre accesorios no causados al momento de la presentación de la demanda, no pueden incluirse en el estimativo de la cuantía para efecto de competencia...

" 'En las acciones de reparación directa y de restablecimiento el Código Administrativo quiso expresamente que no se tuvieran en cuenta para la deteminación de la cuantía dichos accesorios; lo que no puede significar en forma alguna, que tales extremos no puedan reclamarse'.

"De lo anterior se infiere que la cuantía que resulte de las probanzas del proceso puede ser una cantidad superior a la fijada inicialmente en la demanda para efecto de determinar la competencia puesto que en ella no están contemplados los perjuicios accesorios, así que por haberlos solicitado el demandante tiene derecho a su reconocimiento sin ninguna limitación una vez los haya demostrado dentro del incidente de regulación de perjuicios". Para la Sala la sentencia merece ser confirmada, en lo fundamental, pero en ciertas precisiones, como pasa a explicarse.

En primer término, es acertada la decisión del Tribunal, no sólo desde el punto de vista sustantivo sino en cuanto al análisis y evaluación del acervo probatorio. Las pruebas fueron decretadas en su oportunidad. El mismo Tribunal recepcionó la testimonial. Dentro de ésta se destacan las declaraciones contestes del señor Rómulo Humberto Muñoz B., Myriam Ayala de C., Rosendo Castro Jiménez, Juan Francisco López B., Gilma Castillo de U. (a fls. 13 y ss. del C. Nº 3) que ponen de presente que los hechos ocurrieron en la forma relatada en la demanda y que el agente Salomón Perdomo G. fue el único responsable de las lesiones sufridas por el menor Hugo Noel Naranjo M. También existe prueba documental que evidencia que el mismo agente se encontraba en ejercicio de sus funciones cuando ocurrieron los hechos (ver constancia del Jefe de Personal de la Policía a folio 24 del mismo cuaderno). Así mismo y esta prueba es de gran importancia, obra en el expediente el resultado de la investigación disciplinaria seguida contra el agente Perdomo y que culminó con petición de retiro absoluto del servicio "por haber incurrido en faltas contempladas en el Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional, constitutivas de mala conducta consistente en hacer uso indebido de las armas, causar lesión al menor de 13 años Hugo Noel Naranjo Muñoz y contemplado en los artículos 124 y 126 del mismo reglamento, según hechos que tuvieron lugar el día 28 de noviembre de 1986 en la transversal 11 frente al número 10-89 de la ciudad de Tunja; lo anterior sin perjuicio a la acción penal que le pueda sobrevenir" (fl. 12, C. Nº 2).

Pero si en la aceptación de la falla no existe objeción alguna, ni tampoco en cuanto a la existencia del perjuicio y a la relación de causalidad, no sucede igual en cuanto a la actualización ordenada.

Ha dicho esta Sala en forma reiterada que la actualización de la condena, permitida por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, no puede decretarse de oficio, por no estar dentro de los poderes del juzgador el de variar las pretensiones formuladas en la demanda.

Si se observa este escrito hay que concluir que la demandante no pidió esa actualización por parte alguna, ni lo da a entender implícitamente su texto.

Por esto, deberá modificarse el ordinal 3º de la sentencia recurrida, con la supresión de la orden de actualización de la condena.

Se puede tomar esta medida que, en apariencia, contraviene el mandato del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la sentencia, en lo desfavorable a la entidad, se conoce también en grado de consulta.

Finalmente, la Sala considera la razón o motivo que tuvo el recurrente para apelar.

Para éste y para la Fiscalía de la Corporación, el Tribunal no podía señalar tope alguno al monto de la indemnización. Cuestionan así las partes el siguiente párrafo del fallo:

"No obstante lo anterior, las indemnizaciones decretadas, tanto morales como materiales, no podrán superar la suma de siete millones de pesos, que fue la estimada por los actores como cuantía dentro de la demanda, según se constata al folio 77 del cuaderno número 1. Empero, como se indicó, respecto a esta suma también se deberá hacer la actualización en la forma establecida por el citado artículo 178".

Para el actor esa limitación carece de respaldo legal y como remate de su escrito sustentario de la apelación, arguye:

> "Evidentemente, con la presentación de la demanda se estableció en forma razonada, que el valor de los perjuicios morales y materiales causados hasta esa fecha era la cantidad de $ 7.000.000.oo. En ese entonces no podían las partes saber con exactitud los gastos pos operatorios (sic) clínicos, médicos, de prótesis, de fisoterapeutas, etc. etc. que pudiera causar el daño sufrido por el menor Hugo Noel Naranjo por parte de la acción irresponsable de un miembro de las Fuerzas Armadas. Cuando en la sentencia me limitan la totalidad de los perjuicios morales y materiales a la cuantía determinada en la fecha de la demanda, se me niega automáticamente el reconocimento de estos perjuicios accesorios que perfectamente exceden en mucho ese valor, contrariando así las disposiciones legales y de jurisprudencia atrás anotadas.
>
> "Por ello, recurro ante el Superior con el objeto de obtener la revocatoria en la limitación del valor del perjuicio y el reconocimiento de los perjuicios accesorios sin limitación del valor de $ 7.000.000.oo establecidos al momento de la presentación de la demanda".

Por su lado, la Fiscalía también se separa de la decisión del Tribunal, tal como se observa en la transcripción que se hizo atrás.

Para la Sala la limitación impuesta por el *a quo* deberá mantenerse; y eso por culpa de la misma parte actora, la que, contrariamente a lo que sostiene en su alegato, no estimó razonadamente la cuantía de la pretensión.

Es tan pobre este extremo de la demanda que había podido servir de pretexto para inadmitirla, precisamente por no cumplir la exigencia

de la estimación razonada de la cuantía impuesta en el Código Administrativo en el numeral 6º de su artículo 137.

Para confirmar este aserto basta leer lo que al respecto djce el libelo en su acápite "Procedimiento, cuantía y competencia" a folio 77 del cuaderno principal:

"El procedimiento es el ordinario, la cuantía la estimo en una suma de $ 7.000.000.oo y por la naturaleza del asunto es ese honorable Cuerpo Colegiado el competente para conocer de la acción".

Bajo ninguna órbita puede afirmarse que en esta forma se satisface la exigencia legal y que allí no sólo existe un estimativo razonado sino que la actora estaba hablando en ese entonces de lo que se le debía a la fecha de la presentación de la demanda.

Esta inferencia no tiene apoyo en el texto de ésta. Además, en esa cuantía ni siquiera se discrimina el valor de los perjuicios morales y materiales, ya que esta misma Sala, mayoritariamente, ha venido sosteniendo, con la discrepancia del suscrito ponente, que no se debe sumar la pretensión por perjuicios morales con la de los materiales, sino que sólo debe tomarse la mayor.

La falta de precisión en el libelo no permite concluir que la indicada cifra de $ 7.000.000.oo estaba referida a lo que se debía al momento de la presentación de la demanda; como tampoco ese estimativo puede tomarse como hecho para determinar competencia, porque si así hubiera sido habría utilizado el guarismo de la ley, o sea una cifra superior a los $ 2.000.000.oo (art. 132, numeral 10 del C. C. A.). De allí que pueda concluirse que en la demanda se determinó el valor total y global de la pretensión indemnizatoria.

Por lo expuesto, y de acuerdo, parcialmente, con la Fiscalía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. Confírmase la sentencia de 23 de julio de 1986 dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, con la modificación en su ordinal 3º de que el monto de la indemnización no podrá ser objeto de actualización.

2. En consecuencia, suprímese de ese ordinal el siguiente extremo:

"Tanto a la cuantía fijada dentro de la demanda, como a la suma resultante luego de la liquidación, se le harán los ajustes de valor previstos por el Código Contencioso Administrativo en su artículo 178".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 9 de abril de 1987.

Julio César Uribe Acosta, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

EXCEPCIONES. "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION". No tiene calidad exceptiva. Doctrina y jurisprudencia. REASEGURO.

Concepto. Exigencia de un contrato de seguro previo. CONTRATO DE SEGURO ORIGINAL. RELACION ENTRE ASEGURADOR Y ASEGURADO. COMUNIDAD DE ALEA O "COMUNIDAD DE SUERTE". OBLIGACIONES DEL REASEGURADOR para con el REASEGURADO (art. 1135 del Código de Comercio).

ASEGURADOR. En virtud del artículo 1096 del Código de Comercio, está autorizado, IPSO JURE, para demandar al responsable del siniestro el monto de la indemnización pagada, hasta concurrencia de su importe. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. El reasegurador NO ES TITULAR DEL DERECHO DE SUBROGACION LEGAL consagrado en el Código de Comercio (art. 1096 del C. de Co.). Doctrina. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

AUTENTICACION NOTARIAL.

Artículo 74 del Decreto 960 de 1970. "Estatuto del notario". ¿Cuándo se podrá autenticar una copia?

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR RIESGO U "OBJETIVA" PERDIDA DE MERCANCIAS, depositadas en bodegas de los puertos oficiales, cuya conservación está a cargo de entidades descentralizadas de orden nacional. EMPRESA "PUERTOS DE COLOMBIA". Creación. Naturaleza jurídica.

Responsabilidad total del manejo de carga dentro de las zonas portuarias (Decreto 1174 de 1980 y 2465 de 1961). SERVICIOS PORTUARIOS.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Proyectó: Doctora *Inés Hurtado Cubides.*

Referencia: Radicación número 3989. Actor: Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A. y otros. Demandado: Empresa Puertos de Colombia.

I. La demanda:

Las compañías de Seguros La Fénix de Colombia S. A., Seguros Bolívar S. A. y Compañía Agrícola de Seguros S. A. por conducto de

apoderado presentaron demanda el día 7 de abril de 1983, contra la Empresa Puertos de Colombia —Colpuertos— para que por los trámites previstos en el Código Contencioso Administrativo para el juicio indemnizatorio de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera:* Que por los trámites previstos en el Código Contencioso Administrativo para el juicio indemnizatorio de mayor cuantía, se declare a la Empresa Puertos de Colombia —Colpuertos— civil o administrativamente responsable, por razón de la pérdida de todos los elementos de que trata esta demanda y que aparecen debidamente especificados y valorados en los documentos que, como pruebas anticipadas, se anexan a esta demanda, y a los documentos que aportaré oportunamente dentro del proceso.

"*Segunda:* Que en consecuencia, *se condene*, a la Empresa Puertos de Colombia —Colpuertos— y conforme a las disposiciones constitucionales, y legales, vigentes, al pago de la suma de $ 9.528.258.oo suma anterior que se discrimina así: 1. Para mi poderdante Seguros La Fénix de Colombia S. A. la suma global de $ 1.788.852.oo. 2. Para la firma Seguros Comerciales Bolívar S. A., la suma global de $ 7.385.992.oo moneda corriente. 3. Para la Compañía Agrícola de Seguros S. A. la suma de $ 353.414.oo.

"*Tercera:* Que, *se condene* a la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos) y conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, a pagar a mis poderdantes, como lucro cesante, los intereses corrientes sobre la suma de nueve millones quinientos veintiocho mil doscientos cincuenta y ocho pesos ($ 9.528.258.oo), según certificación de la Superintendencia Bancaria que oportunamente pediré y allegaré al proceso, *desde el momento en que se produjo el daño en el patrimonio de mis poderdantes (9 de febrero de 1982), hasta el día en que el pago se efectúe.* El honorable Consejo de Estado con fecha 5 de junio de 1981, en el proceso indemnizatorio de Seguros Aurora S. A. contra Colpuertos, en un avance jurisprudencial notable, que consulta altos principios de justicia y equidad, ordenó restablecer el derecho violado, desde el momento en que la disminución del patrimonio del particular agraviado se produjo, como es no solamente lo lógico sino lo jurídico, y no desde el momento en que se profiera la sentencia de condena, si es el caso.

"Tales intereses deberán abarcar desde tal fecha hasta el día en que el pago se efectúe por parte de la demandada".

II. La causa petendi:

Al expresar los hechos en que se fundamenta la demanda dice la actora:

"*Primero:* Las sociedades, Plásticos Vogue Limitada, Esachem de Colombia S. A. y Cabarria y Compañía, entidades legalmente constituidas, importaron varios cargamentos a Colombia, así:

"a) Plásticos Vogue Limitada, importó desde Nueva York hasta Barranquilla Colombia, 12.000 kilos de resina sintética contenida en

40 tambores, según Registro número 1076; Conocimiento de Embarque número 11 de Nueva York; vapor 'DEI Campo';

"b) Esachem de Colombia S. A., importó desde Houston Estados Unidos hasta Barranquilla Colombia, 96 docenas de N. C. 123 de Aerosol, según Registro 043/82; Conocimiento de Embarque número 4 de Houston, de diciembre 20 de 1981 en el vapor Brintoin Lyker;

"c) Cabarria y Compañía importó desde Le Havre Francia, hasta Barranquilla Colombia, 56 tambores conteniendo 1.400 kilos de silicona rhodorsil, según Manifiesto de Importación número 02908; Conocimiento de Embarque número 1-002 de Le Havre Francia en el vapor 'Valle de Cadagua'.

"*Segundo:* Igualmente, las sociedades Interconexión Eléctrica (ISA S. A.); la Cooperativa de Manufactureros del Cuero y la firma Colchones Paraíso Limitada, entidades legalmente constituidas, importaron varios cargamentos a Colombia, así:

"a) Interconexión Eléctrica (ISA S. A.), maquinaria (turbinas, reguladores y válvulas esféricas), según Registro de la nave número 066 de enero 26 de 1982; Conocimiento de Embarque número 518 expedido en Bremen, Alemania, por la Flota Mercante Grancolombiana; Licencia de Importación 401-16699 de marzo 26 de 1980, en el vapor 'Ciudad de Bucaramanga';

"b) La Cooperativa de Manufacturas del Cuero, ácido oxálico, según Registro de la nave número 1034 de diciembre 10 de 1981; Conocimiento de Embarque (B/I) número 10 de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. desde la ciudad de Hamburgo; Registro de Importación 048270 de agosto 18 de 1981, en la nave 'Ciudad de Medellín';

"c) Colchones Paraíso Limitada, 439 libras netas (478 libras brutas), de líquidos corrosivos, según Conocimiento de Embarque número 341016-81 de la Flota Mercante Grancolombiana; en 2 tambores, procedentes de Nueva York, Factura Comercial número 1-33211-2 expedida por la Unión Carbide; cargamento que fue transportado hasta Barranquilla en el Buque República del Ecuador. Registro número 915.

"*Tercero.* Tales cargamentos arribaron en los mencionados buques, al Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla y fueron depositados en la Bodega número 5 de la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos).

"*Cuarto:* El día 9 de febrero de 1982, se presentó un incendio de gigantescas proporciones en la citada Bodega número 5, destinada por Colpuertos para almacenar materiales inflamables o peligrosos.

"*Quinto:* Como consecuencia de tal incendio, se incineraron y quedaron totalmente destruidos los elementos que se dejaron especificados en el hecho primero y segundo de este libelo, importados, como ya se dijo, por Plásticos Vogue Limitada; Esachem de Colombia S. A.; Cabarria y Compañía S. A.; Interconexión Eléctrica S. A.; la Cooperativa Manufactureros del Cuero y la firma Colchones Paraíso Limitada.

"*Sexto:* Como constancia y prueba del incendio mencionado anteriormente, la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos), elaboró el Acta de incendio de fecha 7 de abril de 1982, firmada por las siguientes personas: Doctor Roberto Donado Insignares Gerente del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla; Doctor Aquiles Noguera Ramírez Director de Operaciones Portuarias; Doctora Alba Olaya de Herrera Directora Jurídica; Doctor Ericson Sánchez Cuadrado Jefe del Departamento de Almacenaje; Doctor Eduardo Consuegra Muñoz, Jefe del Departamento de Seguridad Industrial, funcionarios todos estos de la Empresa Puertos de Colombia. Además firma el Acta mencionada el señor Martín Rodríguez, Representante de Fasecolda, Capítulo de Barranquilla. Tomó también parte en tal diligencia, el Inspector de Policía del Permanente Este de Barranquilla Doctora Doris Díaz de Carrasquilla cuya presencia fue solicitada por la empresa, a efectos de obtener su autorización par dar de baja los cargamentos destruidos en el incendio referido. Anexa a la mencionada Acta se encuentra una relación del material incinerado, en el cual se encuentra mencionadas las importaciones a que se refiere la presente demanda.

"*Séptimo:* Además del Acta general del incendio de fecha 7 de abril de 1982, la Empresa Puertos de Colombia Colpuertos expidió certificados individuales sobre recibo y entrega de carga, firmados por el Director de la Oficina de Reclamos, a solicitud de los importadores ya mencionados, con el cual se comprueba plenamente el hecho de la pérdida como consecuencia del incendio, así:

"a) Para Plásticos Vogue Limitada, con fecha 13 de agosto de 1982;

"b) Para Esachem de Colombia S. A., la empresa no quiso expedirlo a pesar de haberlo solicitado, pero la pérdida se comprueba con el Acta del 7 de abril de 1982;

"c) Para Cabarria y Compañía S. C. A., se expidió certificado de pérdida de 56 tambores, de fecha 11 de agosto de 1982 firmado por el Director de la Oficina de Reclamos. *Se deja constancia en tal documento*, que aunque el faltante de 56 tambores no aparece consignado en el Acta general de incendio del 7 de abril de 1982, 'en posteriores documentos e informes del Departamento de Almacenajes y patios sí figuran como incinerados en la fecha de la citada conflagración';

"d) Para Interconexión Eléctrica (ISA) S. A., Certificado de fecha 22 de abril de 1982 (Anexo, expedido por el Departamento de Pérdidas y Averías). La pérdida de los elementos importados por ISA S. A., se comprueba, además, con la relación anexa al Acta del 7 de abril de 1982;

"e) Para la Cooperativa de Manufactureros del Cuero, se expidió Certificado sobre recibo y entrega de carga en el cual se deja constancia de la pérdida total de 200 sacos, con fecha 22 de junio de 1982, firmado por Abel Sinnig Marriaga Director de la Oficna de Reclamos de Colpuertos, Terminal de Barranquilla;

"f) Para la firma Colchones Paraíso Limitada, la empresa demandada expidió un certificado sobre recibo y entrega de carga de fecha 7 de julio de 1982, con el cual se acredita la pérdida de 2 tambores incinerados en la conflagración del 9 de febrero de 1982.

"*Octavo:* La demandada admite y confiesa con los documentos anteriores, que la pérdida se produjo cuando la mercancía se encontraba en sus dependencias y bajo su responsabilidad.

"*Noveno:* Los elementos, maquinaria o mercancía que se incineraron en las dependencias de Colpuertos en Barranquilla, fueron aseguradas en la siguiente forma:

"A) Las importadas por las sociedades Plásticos Vogue Limitada; Esachem de Colombia S. A. y Cabarria y Compañía S. C. A. por la *Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A.,* desde su lugar de despacho, hasta la ciudad de Barranquilla, Colombia, mediante la expedición de los siguientes Certificados de Seguro en aplicación a las Pólizas Automáticas de Transporte, así:

"a) Para Plásticos Vogue Limitada, Certificado de Seguro de Transporte número 83252 expedido con fecha enero 14 de 1982 en Bogotá, *es decir, con fecha anterior al siniestro ocurrido el 9 de febrero de 1982,* en aplicación a la Póliza Automática de Transporte número 02-3078;

"b) Para Esachem y Compañía, mediante la expedición de Certificado de Seguro de Transporte 83399 expedido con fecha 1º de febrero de 1982, *es decir, con fecha anterior al siniestro de 9 de febrero de 1982,* en aplicación a la Póliza Automática de Transporte número 02-2541;

"c) Para Cabarria y Compañía S. C. A., mediante la expedición del Certificado de Seguro número 82855 de fecha noviembre 13 de 1981, *es decir, expedido el certificado antes de la fecha del siniestro, 9 de febrero de 1982,* en aplicación a la Póliza Automática de Transporte número 02-2009.

"B) *Con la Compañía Seguros Comerciales Bolívar S. A.,* en la siguiente manera:

"a) Para la firma Interconexión Eléctrica (ISA) S. A. el Seguro de Transporte se otorgó mediante la expedición de Pólizas específicas de Transporte correspondientes al Pedido número 847 en la siguiente forma: 1. Póliza número 113652 expedida el 19 de junio de 1981; 2. Póliza número 113653 expedida el 19 de junio de 1981; 3. Póliza número 113654 expedida el 19 de junio de 1981; 4. Póliza número 113656 expedida el 22 de junio de 1981; 5. Póliza número 113657 expedida el 22 de junio de 1981; 6. Póliza número 113659 expedida el 22 de junio de 1981; 7. Póliza número 113688 expedida el 23 de septiembre de 1981; 8. Póliza número 113689 expedida el 23 de septiembre de 1981; 9. Póliza número 113690 expedida el 23 de septiembre de 1981; 10. Póliza número 113691 expedida el 23 de septiembre de 1981. En estos casos, no se expiden Certificados de Seguro, pues la misma Póliza específica de transportes asegura el despacho correspondiente al pedido mencionado. En todo caso, el otorgamiento del amparo de seguro, empezó a actuar, conforme a estos documentos, obviamente con fecha anterior al siniestro;

"b) Para la Cooperativa de Manufactureros del Cuero y sus derivados, mediante la expedición de la Póliza específica de Seguro de Transportes número 114732 de fecha 5 de octubre de 1981.

"C) *Con la Compañía Agrícola de Seguros*, así:

"a) Para el asegurado Colchones Paraíso Limitada, mediante la expedición del Certificado de Seguro número 31185 expedido el día 28 de enero de 1982, *es decir antes de la ocurrencia del siniestro, en aplicación a la Póliza Automática de Transporte número 350.*

"*Décimo:* Mis poderdantes, Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A.; Seguros Comerciales Bolívar S. A. y Compañía Agrícola de Seguros S. A., pagaron en pesos colombianos, la indemnización correspondiente, en virtud de las obligaciones que asumieron en la celebración de los contratos de seguro y en los anexos del mismo, así:

"A) *Compañía de Seguros La Fénix S. A.*, el día 19 de julio de 1982, pagó:

"a) A su asegurado Plásticos Vogue Limitada, la suma de $ 790.465.oo mediante liquidación de siniestro número 02-6371/82. Y el día 30 de agosto de 1982, canceló igualmente a Plásticos Vogue Limitada, la suma de $ 338.771.oo, mediante liquidación de siniestro número 02-6371/82. Tales pagos contienen la subrogación en los derechos que Plásticos Vogue Limitada tiene contra los responsables de la pérdida, conforme al artículo 1096 del Código de Comercio y a favor de la Aseguradora y están debidamente autenticados en sus originales, ante Notario Público;

"b) A su asegurado Esachem de Colombia S. A. la suma de $ 68.186.oo el día 16 de abril de 1982 según liquidación de siniestro número 02-6371/82. Este documento contiene la subrogación de derechos a favor de la aseguradora y está debidamente autenticado en su original ante Notario Público;

"c) El día 15 de septiembre de 1982, la Compañía de Seguros La Fénix canceló a su asegurado Cabarria y Compañía S. C. A. la suma de $ 591.430.oo según la liquidación de siniestro número 02-6371/82 que contiene la subrogación de derechos del asegurado en favor de la aseguradora, conforme al artículo 1096 del Código de Comercio, documento que aparece debidamente autenticado ante Notario Público.

"B) *Seguros Comerciales Bolívar S. A.*, pagó así:

"1. A su asegurado Interconexión Eléctrica (ISA) S. A., el día 22 de junio de 1981, la suma de $ 6.872.285.oo según liquidación de avería y orden de pago número 15945 debidamente firmada por Interconexión Eléctrica S. A. y autenticada la firma de su representante legal en una Notaría.

"2. A la Cooperativa de Manufactureros de Cuero el día 28 de julio de 1982, la suma de $ 513.707.oo según liquidación de avería y orden de pago número 15403.

"C) *La Compañía Agrícola de Seguros* canceló a su asegurado Colchones Paraíso Limitada, la suma de $ 353.414.oo. Oportunamente acreditaré tal pago.

"*Décimo primero:* La forma como se discrimina detalladamente la cuantía de la pérdida, aparece en los respectivos documentos de liquidación de avería u órdenes de pago adjuntas, cuyas partidas se en-

cuentran discriminadas y debidamente respaldadas con las facturas, manifiestos de aduanas, conocimientos de embarque, etc., que adjuntas se presentan con este libelo para que formen parte del Capítulo de Pruebas.

"*Décimo segundo:* La acción indemnizatoria incoada en este proceso, se adelanta con base en pólizas específicas de transporte expedidas por uno de mis poderdantes, Seguros Comerciales Bolívar S. A., con fechas anteriores al 9 de febrero de 1982, día del incendio en el Terminal Marítimo de Barraquilla y con base en certificados de seguro expedidos también con fecha anterior al siniestro del mencionado día y en aplicación a Pólizas Automáticas de Transporte otorgadas por mis otros dos poderdantes, Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A. y Compañía Agrícola de Seguros S. A.".

III. La impugnación de la demanda:

La Empresa Puertos de Colombia en el escrito presentado por su apoderado (fls. 1 a 3, C. 3), impugnó la demanda "...en razón a no estar conforme a los hechos y a las normas de derecho que le sirven de fundamento".

Propuso las excepciones de falta de causa e inexistencia de la obligación, las cuales ofreció probar y fundamentar en su oportunidad.

IV. Alegato presentado por el apoderado de la parte demandante:

A folios 283 y siguientes del expediente, aparece el texto del alegato presentado por el apoderado de las sociedades demandantes, en el cual hace consideraciones relativas a los elementos que estructuran la responsabilidad estatal y afirma que las mercancías incineradas fueron debidamente aseguradas por las compañías demandantes, mediante la expedición de las correspondientes pólizas automáticas de seguro de transporte y los certificados de seguro, así como con las pólizas específicas de transporte, documentos calendados con anterioridad a la ocurrencia del siniestro. Manifiesta además, que se comprobó legalmente el pago que hicieron las aseguradoras mediante las liquidaciones de avería o de siniestro aportadas, por lo cual operó la subrogación legal prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio.

En relación con las excepciones propuestas, expresa:

"En la contestación de la demanda presentada por el doctor Jorge Humberto Portela, a nombre de Colpuertos, se presentaron las excepciones de falta de causa e inexistencia de la obligación, las cuales probaría y fundamentaría oportunamente.

"No aparece pues acreditado en el proceso, ninguna de las excepciones válidas que podría proponer la parte demandada especialmente las contempladas en el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, pues es sabido que el incendio no es constitutivo de fuerza mayor, conforme lo entiende ya el honorable Consejo de Estado a partir de la jurisprudencia ampliamente explicada y fundamentada en el fallo que se distingue con el número 1924 en el proceso indemnizatorio de Seguros La Fénix S. A. contra Colpuertos, de esa misma Sección Tercera (Sen-

tencia de 22 de septiembre de 1978. Tomo 27, folio 43, Libro copiador sentencias).

"La empresa demandada, a través de su gerente, adjuntó algunos documentos que fueron remitidos por medio del memorial número 163554 de fecha 21 de octubre de 1985 firmado por Hernando León Gómez quien manifiesta: 'Pongo de presente a los honorables Magistrados que en lo referente a las pólizas de seguro de transporte expedidas por las compañías aseguradoras, se observa que éstas fueron expedidas *después de haberse transportado la mercancía* objeto del presente proceso'.

"Me remito a lo que obra en autos, para establecer, cómo carece totalmente de fundamento la anterior manifestación, ya que todas las pólizas de seguro tanto las automáticas como las específicas expedidas por mis poderdantes, lo fueron con fecha anterior al transporte".

Bajo el rubro *"El coaseguro y el reaseguro"*, el mismo apoderado trae a colación pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia sobre el derecho que tiene el asegurador que paga la indemnización en la subrogación de los derechos de los terceros respecto del siniestro. Sobre este aspecto, hace las siguientes valoraciones:

"De manera que cualquier excepción que intente la demandada a este respecto, en el sentido de que mis poderdantes solamente puedan intentar el recobro de lo pagado, únicamente por la parte en que ellos participaron en el riesgo, carece de todo fundamento jurídico. Además, conforme a los contratos de reaseguro y de coaseguro suscritos por mis poderdantes con otras compañías aseguradoras, tal como quedó establecido en los interrogatorios de parte, obliga a las mismas a dar participación de los recobros a sus coaseguradores o reaseguradores respectivos.

"Finalmente, es de anotar que a folio 185 del cuaderno número 1, que es el cuaderno principal y no el cuaderno de pruebas de la parte actora, se adjuntó una certificación del Diario Oficial mediante la cual se acredita la no publicación en el mismo, de la Resolución número 19326 del 12 de mayo de 1975 que contiene el reglamento de operaciones de la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos). A este reglamento se hace alusión en las certificaciones del recibo y entrega de la carga o de pérdida expedidas por la entidad demandada y se acompañó el 7 de julio de 1983, durante el término de fijación en lista y petición de pruebas.

"Existe abundante jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, en el sentido de que ninguna disposición legal que imponga obligaciones a los gobernados, puede ser obligatoria para estos, mientras no sea debidamente notificada. Además, la Resolución 19326 del 12 de mayo de 1975 expedidas por Colpuertos, sería susceptible de ser objeto de excepción de inconstitucionalidad, que el juez debería aplicar, pues viola normas generales de derecho, tales como las contenidas en el Código Contencioso Administrativo que consagran la responsabilidad del Estado por sus actos, hechos u omisiones y también por ser violatoria de ordenamientos jurídicos superiores, tales como el Decreto 630 de 1942 que consagra la responsabilidad objetiva del Estado en el

manejo y almacenamiento de este tipo de mercancías en los terminales marítimos del país.

"Dejo así, presentado el alegato de conclusión en los términos más suscintos posibles, reiterando mi respetuosa petición al honorable Consejo de Estado, en el sentido de que se declare a la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos) responsable por razón de la pérdida de todos los elementos de que trata esta demanda, y que fueron debidamente especificados y valorados en los documentos que como pruebas anticipadas se acompañaron a la misma y se condene en concreto a la misma, conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes al pago de la suma $ 9.528.258.oo discriminados como allí se indicó, suma que debe ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor, circunstancia ésta que, según jurisprudencia del Consejo de Estado, es un hecho notorio, que no necesita prueba.

"Nos parece que los documentos allegados al proceso, dan base suficiente para que se condene a la empresa a pagar la suma mencionada, en concreto, pues los manifiestos de aduana, conocimientos de embarque, facturas comerciales, etc., fueron debidamente incorporados y traducidos al mismo".

En la adición al alegato, visible a folio 290 del cuaderno 1, hace la siguiente precisión:

"a) El día 19 de octubre de 1983 (Cuaderno de Pruebas de la parte actora) se realizó una inspección judicial por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las dependencias de Seguros Comerciales Bolívar S. A., en la cual se puso a disposición del comisionado, todos los documentos del reclamo 12865 correspondientes al asegurado Interconexión Eléctrica S. A. (ISA), mediante los cuales se comprueba el pago que, en virtud de la expedición de las pólizas específicas de seguro de transporte de mercancías, efectuó este poderdante a favor de ISA, por la suma de $ 6.872.285.oo;

"b) Como allí se establece y dado su carácter de plena prueba (art. 254-2 del C. de P. C.) se acredita plenamente que el pago mencionado lo realizó la aseguradora en virtud de la celebración de contratos de seguro válidos y que aquél tiene su origen en la emisión de las pólizas, cuyas copias se presentaron al juez y forman parte de los archivos, documentos correspondencia de los comerciantes. El libro de Contabilidad denominado Estado General de Cuenta, Tomo 5-6, 1982, C-T, llevado por computador, en que se observa el asiento contable, que tiene su origen o soporte, en el hecho de la asunción del riesgo por haberse emitido las pólizas que se mencionan allí;

"c) Se presentó en la inspección judicial señalada, la liquidación y orden de pago número 15945, por pago de pérdida total de la mercancía de que trata este proceso y se señala que su original coincide con la copia al carbón, documentos que se ordenaron allegar al proceso.

V. Alegato presentado por el apoderado de la parte demandada:

A folios 279 y siguientes del cuaderno principal, se observa el alegato de conclusión presentado por el apoderado de la Empresa Puertos de Colombia. En él se glosan los documentos que aparecen a

folios 16 a 35 del cuaderno 1 por haber sido presentados en fotocopia sin ningún valor como prueba, por no haber sido autenticados debidamente.

Sobre el contrato de reaseguro celebrado por las aseguradoras, en virtud del cual recobraron parte de lo pagado a los asegurados, hace las siguientes valoraciones jurídicas y fácticas:

"El artículo 1096 del Código de Comercio, estatuye: '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 éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado' (el subrayado es mío).

"Me pregunto honorables Consejeros de Estado, si es de recibo que las compañías de seguros demandantes, estén intentando repetir contra Puertos de Colombia cobrando un capital del cual han recibido en buena parte valores de los reaseguros?

"Las compañías de seguros según lo normado en el artículo 1096 del Código de Comercio, únicamente pueden repetir hasta la concurrencia de lo pagado por ellas por concepto de indemnización. Pero es que en este caso han cobrado las sumas que relacioné anteriormente por concepto de reaseguro y sin embargo demandaron intentando cobrar el capital que ellos pagaron a sus clientes sin deducir el valor de los reaseguros, configurándose así un intento de enriquecimiento sin justa causa.

"Como están las cosas, debe llegarse a la conclusión que con documentos sin autenticar debidamente y con fotocopias simples de otros, no hay manera de que Puertos de Colombia sea condenada dentro del caso *sub júdice*.

"Además, los demandantes están intentando cobrar sin razón valedera para ellos unas sumas de dinero que no son las que realmente deben cobrar, tipificándose así una conducta que se puede presumir de mala fe y también intentando enriquecerse sin justa causa".

VI. El concepto fiscal:

La señora Fiscal Segunda de la Corporación en su vista fiscal considera que están demostrados los elementos axiológicos para declarar la responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia, y, en consecuencia, se debe condenar al pago de la indemnización en forma parcial o sea a las compañías aseguradoras que de conformidad con lo analizado cumplieron con los requisitos que las hacen acreedoras a ello.

Dice así el referido concepto:

"Las sociedades Plásticos Vogue Ltda., Esachem de Colombia S. A. y Cabarria y Cía, importaron varias mercancías así:

"a) Plásticos Vogue Ltda., importó desde Nueva York hasta Barranquilla, 12.000 kilos de resina sintética contenida en 40 tambores;

"b) Esachem de Colombia S. A., importó desde Huston Estados Unidos hasta Barranquilla, 96 docenas de N. C. 123 de aerosol;

"c) Cabarria y Cía., importó desde Le Havre (Francia) hasta Barranquilla, 56 tambores conteniendo 1.400 kilos de silicona rhodorsil.

"Igualmente las sociedades Interconexión Eléctrica (ISA S. A.), la Cooperativa de Manufactureros del Cuero y Colchones Paraíso Ltda., importaron las siguientes mercancías:

"a) Interconexión Eléctrica (ISA S. A.) Maquinaria Turbinas reguladores y válvulas esféricas;

"b) Cooperativa de Manufacturas de Cuero, ácido oxálico;

"c) Colchones Paraíso Ltda., 439 libras netas de líquidos corrosivos.

"Todas las mercancías llegaron al terminal marítimo y fluvial de Barranquilla y fueron depositadas en la bodega número 5 de la Empresa de Puertos de Colombia.

"El día 9 de febrero de 1982 se presentó un incendio de gigantescas proporciones que destruyó la totalidad de las mercancías citadas.

"Los elementos, maquinaria o mercancía que se incineraron estaban amparados con seguros de transporte expedidos por diferentes compañías, así:

"a) Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A., aseguró desde el lugar de origen hasta la ciudad de Barranquilla, la mercancía importada por las firmas Plásticos Vogue Ltda., Esachem de Colombia S. A. y Cabarria y Cía. S. C. A.

"La firma aseguradora expidió los siguientes certificados de seguro y transporte:

"1. Para Plásticos Vogue Ltda., certificado número 83252 de fecha 14 de enero de 1982 correspondiente a la Póliza Automática número 02-3078 (fl. 9, C. 1).

"2. Para Esachem y Cía. el certificado número 83399 expedido el 1º de febrero de 1982 en aplicación de la Póliza Automática número 02-2541 (fl. 13, C. 1).

"3. Para Cabarria y Cía. S. C. A. el certificado número 82855 de fecha 13 de noviembre de 1981 en aplicación a la Póliza Automática número 02-2009 (fl. 142, C. 1);

"b) La Cía. de Seguros Comerciales Bolívar S. A., expidió las siguientes pólizas específicas de transporte a favor de la firma Interconexión Eléctrica (ISA S. A.):

Nº 113652 del 19 de junio de 1981.

Nº 113653 del 19 de junio de 1981.

Nº 115656 del 22 de junio de 1981.

Nº 113654 del 19 de junio de 1981.

Nº 113659 del 22 de junio de 1981.

Nº 113688 del 23 de septiembre de 1981.

Nº 113689 del 23 de septiembre de 1981.

Nº 113690 del 23 de septiembre de 1981.

Nº 113691 del 23 de septiembre de 1981.

"Para la Cooperativa de Manufactureros del Cuero, la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A., expidió la Póliza específica de Transporte número 114732 de fecha 5 de octubre de 1981;

"c) La Cía. Agrícola de Seguros, aseguró a Colchones Paraíso Ltda., mediante la Póliza Automática de Transporte número 350 en cumplimiento de la cual expidió el certificado número 31185 expedido el 28 de enero de 1982 (fl. 38, C. 1).

"Las compañías aseguradoras pagaron en pesos colombianos la correspondiente indemnización en virtud de las obligaciones que asumieron con la celebración de los contratos y en consecuencia actúan en el presente proceso como subrogatarias de los derechos y acciones que les puedan corresponder en contra de los responsables del siniestro.

"Analizadas las pruebas que obran en el expediente se encuentra lo siguiente:

"A los folios 16 y siguientes, cuaderno 1 reposan copias mecánicas de las pólizas específicas de transporte expedidas por la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A. a favor de la sociedad Interconexión Eléctrica (ISA S. A.) en las cuales aparece un sello de autenticación que dice que, el Notario 14 del Círculo de Medellín da fe de que existe identidad o correspondencia entre la copia y otro documento que tuvo a la vista del cual fue tomada. Estos documentos no cumplen con los requisitos de autenticidad exigidos por los artículos 268 y 253 del Código de Procedimiento Civil en el cual se establece que prestará mérito probatorio la copia cuya autenticidad haya sido certificada por un Notario o Juez mediante cotejo con el original o copia auténtica. Por esta razón las pólizas específicas de transporte citadas no pueden considerarse como pruebas idóneas dentro del presente proceso.

"Están demostrados los siguientes hechos:

"a) Las mercancías importadas llegaron al terminal marítimo de Barranquilla y fueron depositadas en las bodegas de la Empresa Colombiana de Puertos (Colpuertos) en las siguientes fechas:

"Mercancía importada por Colchones Paraíso: 4 de noviembre de 1981 (fl. 56, C. 1).

"Mercancía importada por Plásticos Vogue Ltda.: Diciembre 26 de 1981 (fl. 64).

"Mercancía importada por Interconexión Eléctrica (ISA) S. A.: Enero 26 de 1982.

"Mercancía importada por Esachem de Colombia S. A.: Enero 18 de 1982 (fl. 207, C. 1).

"Mercancía importada por Manufacturas del Cuero: Diciembre 15 de 1981 (fl. 153, C. 1);

"b) El día 9 de febrero de 1982 ocurrió un incendido en las instalaciones de las bodegas de Colpuertos que extinguió las siguientes mercancías:

"1. Mercancía importada por Colchones Paraíso: 878 libras de catalizador, se quemó en su totalidad (fl. 209, C. 1).

"2. Mercancía importada por Plásticos Vogue: 40 tambores de resina. Quemada en su totalidad (fl. 271, C. 1).

"3. Mercancía importada por Esachem de Colombia S. A.: Un cartón de aerosol.

"4. Cabarria y Cía. Ltda.: 63 bultos o tambores de silicona de los cuales desaparecieron 56.

"5. Mercancía importada por Manufacturas del Cuero: Acido oxálico extinguido en su totalidad;

"c) Las mercancías desaparecidas en el siniestro estaban amparadas con pólizas de seguros de transporte modalidad automática y de conformidad con los respectivos certificados de seguros fueron pagadas por las compañías aseguradoras las indemnizaciones en la siguiente forma:

"1. Compañía Aseguradora La Fénix pagó a Plásticos Vogue Ltda., la cantidad de $ 338.771.oo por concepto de pérdida total de 40 tambores de resina sintética de conformidad con el riesgo asegurado en el certificado de seguro NHO-83252 correspondiente a la Póliza número 02-3078 expedido el 14 de enero de 1982 (fl. 11, C. 1 y fl. 70, C. 1).

"2. Esachem de Colombia S. A., recibió de la aseguradora La Fénix de Colombia la cantidad de $ 68.168.oo por concepto de indemnización por la pérdida de las mercancías amparadas con certificado de seguro número 83399 expedido el 1º de febrero de 1982 (fls. 13 y 75, C. 1).

"3. Cabarria y Cía S. C. A., recibió la cantidad de $ 591.430.oo con base en el certificado de seguro número 82855 expedido el 13 de noviembre de 1981 por la Compañía Aseguradora La Fénix (fls. 15 y 82, C. 1).

"4. La Compañía Agrícola de Seguros pagó a la firma Colchones Paraíso Ltda., la cantidad de $531.230.oo por indemnización en aplicación a la póliza de transporte número 350 y el certificado de seguro número 31185 (fls. 37, C. 1 y 8, C. 2), expedido el 28 de enero de 1982.

"De los hechos demostrados se concluye lo siguiente:

"1. Las mercancías importadas fueron depositadas en las bodegas de Colpuertos con anterioridad a la ocurrencia del siniestro.

"2. Como consecuencia del incendio ocurrido el 9 de febrero de 1982, se extinguió la totalidad de las mercancías importadas por tres de las firmas compradoras y parte de las depositadas por Cabarria y Cía.

"3. Las mercancías desaparecidas por acción del fuego estaban amparadas con pólizas de seguro de transporte modalidad automática cuyos respectivos certificados fueron expedidos con anterioridad a la ocurrencia del siniestro.

"4. Las mercancías importadas por la firma Interconexión Eléctrica (ISA) S. A. fueron amparadas con pólizas específicas de transporte expedidas por la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A. de las cuales fueron traídas al proceso copias mecánicas que no prestan mérito probatorio por lo tanto las pretensiones de la compañía aseguradora no pueden prosperar.

"Se exceptúa la póliza específica número 1144732 de la cual obra el documento original.

"5. Demostraron su legitimación para actuar en el proceso por efecto de la subrogación legal originada en el pago de la indemnización en cumplimiento de los contratos de seguro de transporte y de los certificados de seguro expedidos con anterioridad al siniestro, las compañías siguientes: a) Compañía Aseguradora La Fénix S. A., por el pago efectuado a favor de Plásticos Vogue, Esachem de Colombia S. A. y Cabarria y Sia (sic) S. C. A.; b) Compañía Agrícola de Seguros por el pago realizado a Colchones Paraíso S. A.

"6. No se da por demostrado el pago y por lo tanto la subrogación de la Compañía Seguros Comerciales Bolívar en cuanto se refiere a la Póliza específica número 114732 expedida a favor de Manufacturas del Cuero por cuanto el recibido de liquidación de avería y orden de pago aparece en copia mecánica sin autenticar (fl. 40, C. 1).

La responsabilidad de la Empresa Colombiana de Puertos (Colpuertos), quedó demostrada por el incumplimiento en la obligación de entregar las mercancías que estaban obligatoriamente bajo su custodia y sobre las cuales ha debido tener el máximo cuidado y vigilancia, con el fin de entregarlas a sus destinatarios en el mismo estado en que fueron recibidas. No puede considerarse el incendio como un caso fortuito, toda vez que por la naturaleza de las mercancías almacenadas (productos de alta combustión), era predecible que se produjera una conflagración, por lo tanto la empresa ha debido con mayor razón tomar medidas preventivas que hubieran evitado la catástrofe".

Consideraciones de la Sala:

I

Las pretensiones de las entidades demandantes serán atendidas en forma parcial, por lo cual la Sala, por razones de orden, estudiará en primer término aquellas que están llamadas a prosperar, para lo cual procede al análisis de los siguientes hechos:

1º Que el 9 de febrero de 1982, se presentó un incendio en la bodega número 5 de la Empresa Puertos de Colombia, habiéndose incinerado maquinaria y mercancías importadas por las firmas Plásticos Vogue Ltda., Cabarria y Compañía, Esachem de Colombia S. A., Cooperativa de Manufacturas de Cuero, Interconexión Eléctrica S. A. y

Colchones Paraíso Ltda., las que habían sido depositadas allí a su llegada al terminal marítimo y fluvial de Barranquilla.

Como prueba de la avería se acercó a los autos, a instancia de la parte demandada, fotocopia auténtica del Acta de incendio, calendada el 7 de abril de 1982, suscrita, entre otros funcionarios, por el Gerente de Puertos de Colombia (fl. 18, C. Nº 3). Entre los anexos de la referida Acta, figura una relación del material incinerado que incluye las mercancías importadas, que puede verse en fotocopia auténtica, a folios 20 a 30 del cuaderno de pruebas de la parte demandada.

Los documentos relacionados, tienen el mismo valor que los originales, por que fueron autorizados en la forma señalada en el numeral 1º del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, tienen el carácter de documentos públicos al tenor del numeral 2º del artículo 262 del mismo Código, y están amparados con la presunción de autenticidad consagrada en el inciso 2º del artículo 252 *ibídem* y por ende, hacen fe de su otorgamiento, de su fecha, y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autorice (inc. 1º, art. 264 *ibídem*).

Las mercancías importadas llegaron al terminal marítimo y fluvial de Barranquilla, y fueron depositadas en la bodega de la entidad demandada, en las siguientes fechas:

Mercancía importada por Plásticos Vogue Ltda., el 4 de noviembre de 1981 (fl. 24, C. 3).

Mercancía importada por Esachem de Colombia S. A., enero 18 de 1982 (fls. 203 a 207, C. 1).

Mercancía importada por Cabarria y Compañía, 25 de noviembre de 1981 (fls. 253-260, C. 1).

Mercancía importada por Colchones Paraíso Ltda., 4 de noviembre de 1981 (fl. 24, C. 3).

Mercancía importada por Cooperativa de Manufactureros del Cuero, diciembre 15 de 1981 (fls. 261 a 264, C. Nº 1).

2º Las mercancías anteriores estaban amparadas por las pólizas de seguro expedidas por las siguientes compañías aseguradoras así:

a) Las importadas por Plásticos Vogue Ltda., con la póliza automática de transporte número 02-3078 de julio 29 de 1981, expedida por la Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A. (fl. 9, C. Nº 1), acompañada en fotocopia auténtica.

El certificado de seguro de transporte, aportado en original (fl. 11, C. Nº 1), fue expedido en aplicación de la mencionada póliza, bajo el siguiente número y en la siguiente fecha:

Certificado de seguro Nº 83252 Fecha: 14 de enero de 1982;

b) Las mercancías importadas por Esachem de Colombia S. A., con la póliza automática de transporte número 2541, de dos de marzo de 1977, expedida por la Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A. (fl. 12, C. 1), aportada en fotocopia auténtica.

El certificado de seguro de transporte aportado en original (fl. 13, C. 1), fue expedido en aplicación de la mencionada póliza, bajo el siguiente número y en la siguiente fecha:

Certificado de seguro Nº 83339 Fecha: 1º de febrero de 1982;

c) Las importadas por la sociedad Cabarria y Compañía S. C. A. con la póliza automática de transporte número 2009 de 15 de febrero de 1964 y sus anexos visibles a folios 14B a 14K, cuaderno número 1, expedida por la Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A. acompañada en fotocopia auténtica.

El certificado de seguro de transporte, presentado en original y visible a folio 15 del cuaderno número 1, fue expedido en aplicación de la mencionada póliza, bajo el siguiente número y en la siguiente fecha:

Certificado de seguro Nº 82855 Fecha: 13 de noviembre de 1981;

d) Las mercancías importadas por Colchones Paraíso Ltda., con la póliza automática de transporte número 0350 de 30 de junio de 1980, expedida por la Compañía Agrícola de Seguros S. A. (fl. 36, C. Nº 1), presentada también en fotocopia auténtica.

El certificado de seguro de transporte traído en original (fl. 37, C. Nº 1), fue expedido en aplicación de la mencionada póliza y en la siguiente fecha:

Certificado de seguro Nº 31185 Fecha: 28 de enero de 1982.

Las pólizas automáticas relacionadas, aparecen en fotocopias auténticas, como se dijo, y tienen el valor probatorio que les confiere el numeral 1º del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, como que aparecen autenticadas por notario, previo el respectivo cotejo.

Todos estos contratos de seguro, celebrados por las diferentes compañías aseguradoras, se encuentran consignados, como se dijo, en pólizas automáticas, habiéndose determinado posteriormente los bienes objeto del seguro, su identificación, valoración e individualización mediante la expedición de los correspondientes certificados de seguro de transporte, *antes de la ocurrencia del siniestro,* como puede constatarse con su simple confrontación (Subraya la Sala);

e) Las mercancías importadas por la Cooperativa de Manufactureros del Cuero fueron amparadas con las pólizas específicas de seguros de transporte número 114732 del 5 de octubre de 1981, expedida por la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A., documento que fue presentado en original con la demanda, que obra a folio 38 del cuaderno número 1 y aparece calendado en fecha anterior a la de la avería. Este tipo de póliza, llamada también póliza individual, dice relación al interés del asegurado sobre el objeto allí determinado.

La jurisprudencia de la Corporación ha aceptado la responsabilidad objetiva de la administración por pérdida de mercancías depositadas en bodegas oficiales de los puertos nacionales, cuya conservación está a cargo de entidades descentralizadas del orden nacional.

La Empresa Puertos de Colombia fue creada como persona jurídica, con autonomía administrativa y patrimonio independiente 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.

Por mandato del artículo 8º de la ley de creación, la entidad tendrá "la responsabilidad total del manejo de la carga dentro de las zonas portuarias". Tanto el Decreto 1174 que la reestructuró, como el 2465 de 1961 que aprobó sus estatutos, le asignan las funciones de dirigir, administrar, explotar, conservar y vigilar los terminales marítimos y fluviales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Martha, Tumaco y Leticia y los demás puertos que en el futuro le sean incorporados por el Gobierno, para lo cual tiene las siguientes funciones:

"Por intermedio de cada uno de sus terminales organizar y prestar los servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga" (art. 5º, Decreto 2465 de 1981, numeral 1º).

Por los servicios portuarios y los demás que presten los terminales, la empresa, con aprobación del Gobierno puede fijar tarifas (numeral 4º, art. cit.).

Dentro del marco anterior fácil es concluir que la empresa demandada contrajo las obligaciones a que se refiere el artículo 2º del Decreto-ley 630 de 1942, sustitutivo del artículo 55 de la Ley 79 de 1931, que dice: "Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado por su poca consistencia o mala confección para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

Demostrado el ingreso de la mercancía a la bodega número 5 de la Empresa Puertos de Colombia, y su destrucción total en el incendio ocurrido el día 9 de febrero de 1982, surge la responsabilidad estatal derivada del incumplimiento de la obligación de la empresa de devolver la cosa depositada en el mismo estado en que le fue entregada, responsabilidad de la cual no pretendió exonerarse la parte demandada, demostrando la presencia de alguna de las causales señaladas en la ley.

3º *Pago del seguro y subrogación.*

Las sociedades demandantes pagaron en pesos colombianos las correspondientes indemnizaciones a sus asegurados, en virtud de las obligaciones que asumieron con la celebración de los distintos contratos de seguro, lo que se demostró en la siguiente forma:

a) La aseguradora Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A., pagó a Plásticos Vogue Ltda., por valor anticipo del 70% por concepto de la pérdida total de 40 tambores con 12.000 kilos de resina sintética cada uno, la suma de $ 790.465.oo, según documento que obra

a folio 68 del cuaderno número 1 (liquidación de siniestro número 02-6371/82), complementado con los que se observan a folios 66 y 67 del mismo cuaderno; y la cantidad de $ 338.771.oo por valor total y definitivo de la misma mercancía, según documento que obra a folio 70 del cuaderno número 1 (liquidación de siniestro número 02-6371/82), integrado con el que se observa a folio 69 del citado cuaderno, de conformidad con el riesgo asegurado en el certificado de seguros número 83252 de 14 de enero de 1982 (fl. 11, C. Nº 1);

b) Esachem de Colombia S. A., recibió de la aseguradora Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A., la cantidad de $ 68.186.oo por concepto de indemnización por la pérdida de un cartón que contenía 96 docenas de NC-123 aerosol, según consta en documento visible a folios 75 del cuaderno número 1 y 7 del cuaderno número 2 (liquidación de siniestro número 02-6371/82), adicionado con el que obra a folio 76 del cuaderno número 1 (orden de pago número 19058) suscritos por el representante legal de la firma asegurada;

c) Cabarria y Compañía S. C. A., recibió de la aseguradora Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A., la suma de $ 591.430.oo, valor total y definitivo de la indemnización proveniente del siniestro a que se refiere la liquidación número 02-6371, visible a folio 82 del cuaderno número 1, suscrita por el representante legal de la sociedad asegurada;

d) Colchones Paraíso Ltda., recibió de la aseguradora Compañía Agrícola de Seguros S. A., por concepto de la indemnización correspondiente al siniestro a que se refiere la liquidación número 3153, que obra a folio 8 del cuaderno número 2, la suma de $ 531.230.oo.

Los documentos mediante los cuales la parte demandante demuestra el pago efectuado a las sociedades relacionadas en antes, son documentos privados, presentados en original, con reconocimiento notarial de las firmas que allí aparecen y por tanto, amparados con la presunción de autenticidad que les otorga el numeral 1º del inciso 3º del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, y así los aprecia la Sala.

Así las cosas, y por mandato del artículo 1096 del Código de Comercio, se operó *ipso jure* el fenómeno de la subrogación en favor del acreedor de las compañías aseguradoras, circunstancia que les confiere legitimación en la causa por activa;

e) No puede afirmarse lo mismo en relación con el pago efectuado por la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A. a su asegurado Cooperativa de Manufactureros del Cuero, por la suma de $ 513.707.oo, según liquidación de avería y orden de pago número 15403, como lo afirma la demanda (fl. 165, C. Nº 1), pues este documento, que se acompañó con el libelo y que puede verse a folio 140 del cuaderno principal, es un documento privado, pues fue presentado en simple fotocopia sin autenticar, y por tanto, sin ningún valor probatorio.

4º *Las excepciones de la parte demandada.*

En la impugnación de la demanda la parte mencionada propuso las excepciones de "falta de causa" e "inexistencia de la obligación", las cuales ni fundamentó, ni demostró a lo largo del proceso, por lo

cual serán despachadas en forma desfavorable. Se ha dicho por los procesalistas que cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el demandante, como en el presente caso, está simplemente ejercitando el derecho de defensa. Sobre la "inexistencia de la obligación" ha dicho la Corte:

"...y la denominada inexistencia de la obligación tampoco tiene tal calidad exceptiva, porque no es excepción perentoria la simple negación del derecho afirmado por el actor, sino un hecho impeditivo o extintivo que excluya sus efectos jurídicos" (LVIII, 109).

5º *El contrato de reaseguro.*

Los representantes legales de las sociedades demandantes atendieron la citación que para absolver interrogatorios de parte les hizo el despacho a solicitud del apoderado de la parte demandada. En esta oportunidad confesaron la existencia de contratos de reaseguro, en virtud de los cuales recobraron parte de lo pagado a las firmas aseguradas.

A juicio del mismo apoderado, las compañías subrogatarias al intentar cobrar el capital pagado a sus asegurados, sin deducir el valor de los reaseguros, están configurando un enriquecimiento sin causa.

El reaseguro es un instrumento contractual al servicio de los aseguradores, que les permite ceder la parte de riesgo que no pueden soportar, y, aunque exige siempre un contrato de seguro previo, que haga nacer el riesgo en el patrimonio del asegurador, es un contrato autónomo. Igual afirmación vale respecto del contrato de seguro original, el cual existe en forma independiente, como si el de reaseguro no se hubiese celebrado, de ahí que las relaciones entre asegurado y asegurador se rigen íntegramente por las estipulaciones contractuales. La anotada autonomía entre los dos contratos implica la ausencia de cualquier relación directamente entre asegurado y reasegurador.

No obstante lo anterior, existe la llamada por los tratadistas "comunidad de alea" o "comunidad de suerte", en virtud de la cual, el riesgo del seguro originario crea el riesgo reasegurado (posibilidad de que nazca una deuda en el patrimonio del asegurador representada por la obligación de indemnizar a su asegurado), principio que aparece consagrado en el artículo 1134 del Código de Comercio, que preceptúa: "El reasegurador contrae para con el asegurador directo, en la proporción convenida, las mismas obligaciones que éste contrae para con el asegurado. Y comparte la suerte de él en el desarrollo del contrato principal".

"A pesar de lo anterior, las obligaciones del reasegurador para con el reasegurado son distintas a las que éste tiene con el asegurado porque tienen como fuente actos jurídicos diferentes. De ahí que el artículo 1135 del Código citado exprese: *'El reaseguro no es un contrato a favor de terceros. El asegurado carece, en tal virtud, de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquél'* " (Subraya la Sala).

En virtud del artículo 1096 del Código de Comercio, el asegurador está autorizado, *ipso jure*, para demandar del responsable del siniestro el monto de la indemnización pagada, hasta concurrencia de su importe. No es necesario deducir el valor de lo recobrado por reaseguro, como sostiene la parte demandada en su alegato de bien probado, porque el reasegurador que paga a su reasegurado no es titular del derecho de subrogación, consagrado en la ley para el asegurado que sufre un daño. El asegurador (reasegurado) que paga, lo hace en cumplimiento de una obligación contractual y no tiene el carácter de damnificado que exige la ley. Lo que ocurre es que, en virtud del principio consagrado en el artículo 1134 del Código de Comercio o en la condena que la ley hace del enriquecimiento sin causa (art. 831) o en el carácter meramente indemnizatorio de los seguros de daños (art. 1088), el asegurador —reasegurado— tiene la obligación de dar una participación proporcional en todo recobro a su reasegurador, con lo que se descarta el enriquecimiento sin causa que inquieta al apoderado de la entidad demandada.

Doctrina y jurisprudencia son acordes en predicar que el reasegurador no es titular del derecho de subrogación legal consagrado en el Código de Comercio (art. 1096). Al respecto, puede leerse en la obra Teoría General del Seguro, lo siguiente:

> "Pero el reasegurador no es titular del derecho a la subrogación. Ni principal, ni subsidiario. El artículo 1096, tal como se halla concebido, no lo habilita para ejercerlo. En efecto, este precepto confina la institución al seguro directo. Consagra la subrogación 'en los derechos del asegurado', pero sólo en cuanto éste revista, a la vez, la calidad de 'damnificado'. Calidad que, como hemos visto, no ostenta el asegurador que paga la indemnización en virtud del contrato de seguro, con lo cual no sufre un 'daño' ni adquiere, por tanto, un derecho propio contra el responsable del siniestro. Y, siendo así, ¿en qué derecho podría subrogarse el reasegurador?
>
> "No puede ser en el que adquiere el asegurador por la vía de la subrogación. Porque si percibe la indemnización derivada del reaseguro antes de haber efectuado la prestación a que lo obliga el seguro, no tiene derecho alguno que 'transmitir' al reasegurador. Y si la percibe después, la subrogación —la única que prevé la ley— ya se ha producido. Atenta a la función propia del reaseguro (la atomización de la responsabilidad proveniente del seguro). La ley no desea que haya tantas subrogaciones cuanto reaseguros protejan el interés del asegurador en el seguro original. Menos aún propiciar subrogaciones sucesivas, del cedente al cesionario, del retrocedente al retrocesionario, etc., hasta agotar la distribución técnico-financiera de la indemnización original que, ocurrido el siniestro, es jurídicamente una sola: La que debe el asegurador al asegurado. Este carece de acción directa contra el reasegurador (art. 1. 135). Es un tercero en el contrato de reaseguro (J. Efrén Ossa G. Editorial Temis Librería Bogotá Colombia 1984, pág. 167).

La Corte Suprema de Justicia, sobre el particular ha precisado:

> "El artículo 1096 del Código de Comercio dispone en su primer inciso que 'el asegurador que pague una indemnización se

subrogará, por ministerio de la ley hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurador contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado...'

"Debe destacarse que no hay norma legal alguna que disponga expresamente que el reasegurador que paga al asegurador se subroga en los derechos que a éste le confiere el citado artículo 1096".

Al analizar los eventos en que la subrogación se produce *ipso jure*, aún contra la voluntad del acreedor (art. 1668, C. C.), precisa en relación con el numeral 5º que en tratándose del reasegurador que paga al asegurador —reasegurado—, no paga una deuda ajena sino propia, contraída en virtud del contrato de reaseguro. Dice así el fallo en comento:

"En el caso concreto del reaseguro la situación es del todo diferente, pues si bien el reasegurador es un tercero en el contrato celebrado entre el asegurador y el asegurado, cuando se produce el siniestro y a consecuencia de ello paga al asegurador lo que según el contrato de reaseguro está obligado a pagarle, está pagando deuda propia; en este caso el reasegurador sí está obligado a pagar la prestación a su cargo derivada del contrato de reaseguro y por consiguiente no está satisfaciendo una deuda ajena, aunque para él lo sea la del asegurador para con el asegurado.

"En consecuencia, el pago hecho por el reasegurador al asegurador por razón del reaseguro, en caso de siniestro, no priva al asegurador del derecho que le otorga al artículo 1096 del Código de Comercio.

"Es apenas natural y consecuencia propia que a la ley repugne el enriquecimiento sin causa, que si el asegurador obtiene el reconocimiento total o parcial de la indemnización que ha tenido que pagar a el asegurado por razón de la ocurrencia del siniestro, en una misma proporción o en la pactada en el contrato de reaseguro, tendrá que hacer el correspondiente reembolso a la reaseguradora de lo que haya recibido de ésta por aquel concepto. No en otra forma puede entenderse la expresión del artículo 1134 del Código de Comercio de que el reasegurador comparte la suerte del asegurador.

"Para mayor claridad conviene repetir que la obligación del asegurador para con el asegurado es distinta de la del reasegurador para con aquél y que ambas tienen su fuente en contratos diferentes. De consiguiente, si el reasegurador paga, no está extinguiendo la obligación a cargo del asegurador, sino la que existe a su propio cargo. Ese pago no extingue, pues, la obligación derivada del contrato de seguro, ni lo subroga, como atrás quedó dicho, en los derechos de éste en frente del responsable del siniestro como ocurre en la hipótesis prevista en le artículo 1096 del Código de Comercio" (Sentencia de marzo 31 de 1981. Magistrado ponente doctor José María Esguerra Samper).

6º Ya se dijo que las excepciones propuestas no están llamadas a prosperar, por tanto, la Sala procederá a hacer la liquidación en concreto de las condenas correspondientes a las pretensiones que serán atendidas. No se ordena su actualización, por cuanto en la demanda no se solicitó, por lo cual no es necesario acercar a los autos los índices de precios al consumidor o al por mayor, como lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo para los casos de "ajuste" de condenas. A esta conclusión se llega con la simple lectura de la pretensión enlistada bajo el rubro *"tercera"* que dice: "Que, *se condene* a la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos) y conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, a pagar a mis poderdantes, como lucro cesante, los intereses corrientes sobre la suma de nueve millones quinientos veintiocho mil doscientos cincuenta y ocho pesos ($ 9.528.258.oo) según certificación de la Superintendencia Bancaria que oportunamente pediré y allegaré al proceso, *desde el momento en que se produjo el daño en el patrimonio de mis poderdantes (9 de febrero de 1982) hasta el día en que el pago se efectúe...*" (fl. 176, C. Nº 1).

La liquidación se hará así:

a) Se reconocerá la suma de $ 1.129.236.oo a favor de la Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A. y se liquidarán los intereses corrientes comerciales de la siguiente manera:

De la suma de $ 790.465.oo a partir del 19 de julio de 1982 fecha en que efectuó el pago a Plásticos Vogue Ltda., según documento que obra a folio 68 del cuaderno número 1, hasta el momento en que quede ejecutoriada la presente providencia.

De la suma de $ 338.771.oo desde el 30 de agosto de 1982, fecha en que efectuó el pago a Plásticos Vogue Ltda. (fl. 70, C. Nº 1), hasta la ejecutoria de esta sentencia.

De la cantidad de $ 68.186.oo desde el 16 de abril de 1982 fecha en que se efectuó el pago a Esachem de Colombia S. A. (fl. 7, C. Nº 2), hasta la ejecutoria del presente fallo.

De la suma de $ 591.430.oo desde el 15 de septiembre de 1982 fecha en que se efectuó el pago a Cabarria & Cía. S. C. A. (fl. 82, C. Nº 1), hasta la ejecutoria de esta providencia;

b) Se reconocerá la suma de $ 353.114.oo a favor de la Compañía Agrícola de Seguros S. A., y se liquidarán los intereses corrientes comerciales desde el 23 de marzo de 1983 fecha en que efectuó el pago a Colchones Paraíso Ltda. (fl. 8, C. Nº 2) hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

La Sala advierte que a pesar de que con el documento privado auténtico que contiene la liquidación de siniestro aparece demostrado un pago por la cantidad de $ 531.230.oo (fl. 8, C. Nº 2), la parte demandante manifiesta haber cancelado a su asegurado Colchones Paraíso Ltda., sólo la suma de $ 353.414.oo (fl. 176, C. Nº 1) y a este monto reduce su pretensión, como puede leerse en el numeral 3º, petición *"segunda"* (fl. 176, C. Nº 1), la que será acogida por el sentenciador.

Una resolución diferente conduciría a desconocer el principio de congruencia de las sentencias consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y daría lugar a un fallo *ultra petita*.

II

Siguiendo el orden establecido, se procede al estudio de las pretensiones que no están llamadas a prosperar, así:

1º La aseguradora Seguros Comerciales Bolívar S. A. no demostró, en relación con su asegurado Cooperativa de Manufactureros del Cuéro, la calidad de subrogatoria con que acude al proceso en virtud del pago que dice haber efectuado, pues el documento aducido con tal fin, visible a folio 140 del cuaderno principal, es una simple fotocopia de un documentos privado que ha debido aportarse al proceso en original, o en copia en los eventos contemplados en el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, y que la Sala valora para desconocerle todo mérito probatorio, lo cual deja sin ningún respaldo el pago que dice haber hecho la mencionada parte demandante.

2º Tampoco se atenderán las súplicas de la compañía Seguros Comerciales Bolívar S. A. en cuanto hace relación al pago efectuado a Interconexión Eléctrica S. A. —ISA— porque no demostró la celebración del contrato de seguro de transportes con la mencionada empresa. Las fotocopias presentadas de las diferentes pólizas específicas de transportes expedidas por la compañía aseguradora, visibles a folios 16 a 35 del cuaderno número 1, ostentan nota de autenticación por Notario, sin los requisitos que exigen el numeral 1º del artículo 254 y el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil. Las referidas fotocopias tienen un sello de la Notaría Catorce de Medellín que reza: "Como *Notario Catorce* del Círculo de Medellín. *Doy fe*, de que existe identidad y correspondencia entre esta copia *y otro documento que tuve a la vista*, del cual fue tomada (art. 3º, Decreto 960 de 1970). Medellín 2 de julio de 1982. Hernán Luján Z. Notario Catorce. Medellín, Colombia" (Subraya la Sala).

De la simple lectura de la constancia anterior, se deduce que el cotejo se hizo con desconocimiento de las normas procesales citadas y en especial del artículo 74 del Estatuto del Notario (Decreto 960 de 1970) que al regular las "autenticaciones", preceptúa: "Podrá autenticar una copia mecánica o una literal de un documento, siempre que aquella corresponda exactamente *al original que se tenga a la vista* o que ésta comprenda la integridad del documento exhibido y lo reproduzca con entera fidelidad" (Subraya la Sala).

Los documentos en mención fueron desconocidos por la parte demandada en su alegato final, lo que le bastaba para impugnarlos, pues ellos no provienen de la parte inconforme, sino de un tercero. Correspondía la prueba de su autenticidad a la parte que los adujo, lo que no ocurrió en el *sub lite*.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1046 del Código de Comercio, el contrato de seguro es solemne, con solemnidad *ad substantiam actus*, lo que explica que no pueda probarse sino con la póliza respectiva y no a través de hechos, como puede ser el pago efectuado en desarrollo del mismo. Esto explica que no sea de recibo la tesis

del apoderado de la parte demandante, que en la adición al alegato de conclusión (fl. 290, C. Nº 1), pretende, para suplir la deficiencia probatoria resaltada en antes, que se llegue a la conclusión de que existió el acto jurídico, porque en un momento dado su representado cumplió con determinados deberes contractuales, como lo demostró en la diligencia de inspección judicial y documentos anexados (fl. 96, C. Nº 2). La aportación probatoria al proceso es una carga procesal impuesta a cada parte, en relación con los hechos que sirven de supuesto a las normas que consagran el efecto jurídico perseguido (art. 177, C. de P. C.), y su no ejercicio o su ejercicio deficiente sólo a ella le acarrea consecuencias desfavorables.

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:

1º Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2º Declárase que la Empresa Puertos de Colombia —Colpuertos— es administrativamente responsable por la pérdida de las mercancías relacionadas en la demanda, dentro del marco de precisiones que se hacen en los considerandos de esta providencia. Como consecuencia de lo anterior, condénase a la mencionada empresa a pagar las siguientes sumas de dinero:

A. A la Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A.:

a) Setecientos noventa mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos ($ 790.465.oo) moneda corriente, más los intereses corrientes comerciales de este monto, desde el 19 de julio de 1982 hasta la ejecutoria de este fallo;

b) Trescientos treinta y ocho mil setecientos setenta y un pesos ($ 338.771.oo) moneda corriente, más los intereses corrientes comerciales de este monto, desde el 30 de agosto de 1982 hasta la ejecutoria de esta sentencia;

c) Sesenta y ocho mil ciento ochenta y seis pesos ($ 68.186.oo) moneda corriente, más los intereses corrientes comerciales de este monto desde el 16 de abril de 1982 hasta la ejecutoria de esta providencia;

d) Quinientos noventa y un mil cuatrocientos treinta pesos ($ 591.430.oo) moneda corriente, más los intereses corrientes comerciales de este monto, desde el 15 de septiembre de 1982 hasta la ejecutoria de esta providencia.

B. A la Compañía Agrícola de Seguros S. A., la suma de trescientos cincuenta y tres mil ciento catorce pesos ($ 353.114.oo) moneda corriente, más los intereses corrientes comerciales de este monto, desde el 23 de marzo de 1983 hasta la fecha de la ejecutoria de este fallo.

Para el cobro y pago de las anteriores condenas, bastará que a la cuenta de cobro por los montos ya indicados, se adjunte la certificación

de la Superintendencia Bancaria sobre la tasa de interés corriente en cada uno de los períodos indicados.

3º Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

4º Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

5º Condénase a la Compañía Seguros Comerciales Bolívar S. A., a pagar las costas del proceso en la proporción que corresponda a sus pretensiones. Tásense por la Secretaría.

Cópiese y notifíquese.

Julio César Uribe Acosta, Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO. CADUCIDAD. TERMINO.—

Bajo la Ley 167 de 1941 y el nuevo Código Administrativo (Decreto 01 de 1984). LEY PROCESAL. EFECTOS.

PRUEBAS TRASLADADAS EN JUICIOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL.

1º Pruebas trasladadas del proceso penal seguido contra los mismos funcionarios, practicadas con su audiencia y con la del Ministerio Público: Valor.

2º Traslado de pruebas del proceso penal al de responsabilidad estatal, en el que la fuente de ésta sea la culpa o falla del servicio del funcionario y no la culpa anónima del servicio.

3º Traslado de pruebas del proceso penal, cuando se refiere a investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración.

SENTENCIAS DE AUTORIDADES PENALES. Copia para el proceso de responsabilidad. Esa copia prueba algo más que su expedición y que con ella se califica la conducta de una persona natural determinada.

VALOR DE LOS FALLOS CONDENATORIOS Y ABSOLUTORIOS (arts. 28 y 30 del C. de P. P.). El valor demostrativo de la sentencia en los extremos indicados no puede negarse con el argumento 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 permitirá conclusiones diferentes por impedirlo así el efecto de la COSA JUZGADA.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. COEXISTENCIA DE UNA CULPA PERSONAL DE UN FUNCIONARIO DETERMINADO CON UNA FALLA DEL SERVICIO. DEMANDA AL FUNCIONARIO O A LA ENTIDAD PUBLICA. CULPA PERSONAL DEL AGENTE.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4955. Consulta. Actor: Dioselina Arce Castaño.

Conoce esta Sala en grado de consulta de la sentencia de julio 22 de 1986, dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual se dispuso:

"1. Declárase no probada la excepción de caducidad de la acción, propuesta por la apoderada de la parte demandada.

"2. Declárase a la Administración Postal Nacional —Adpostal— responsable de la muerte de la menor Martha Cecilia Zapata Arce, ocurrida el 12 de julio de 1983 en el Hospital San Juan de Dios de Armenia, como consecuencia del accidente ocurrido el día 11 de julio del mismo año en la carrera 15 con la calle 23 de la misma ciudad.

"3. Por lo anterior, condénase a la Administración Postal Nacional —Adpostal— a pagar a la señora Dioselina Arce Castaño, madre de la occisa, los perjuicios morales estimados en la suma equivalente al valor de un mil gramos oro, según el valor que certifique el Banco de la República a la fecha de esta providencia.

"4. Condénase a la Administración Postal Nacional —Adpostal— a pagar a la señora Dioselina Arce Castaño, madre de la occisa, la suma de cincuenta y cuatro mil pesos ($ 54.000.oo) moneda corriente, por perjuicios materiales (pago de entierro y gastos fúnebres).

"5. Niégase la corrección monetaria de la condena del numeral 4 anterior, solicitada por la demandante.

"6. Niégase la condena por cuatro mil pesos ($ 4.000.oo) moneda corriente, que por perjuicios materiales solicitó la demandante por haber cancelado los gastos médicos y hospitalaros (daño emergente).

"7. Niégase la condena al pago de perjuicios materiales (lucro cesante) que por la suma de $ 5.524.976.09 solicitó la actora.

"8. No se condena en costas a la entidad demandada por tratarse de un establecimiento público. Ni a la parte demandante por haberle prosperado parcialmente las pretensiones.

"9. Consúltese con el superior esta providencia, si no fuere apelada.

"10. Para los efectos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, comuníquese esta decisión en copia íntegra, al señor Director de Adpostal y al señor Procurador General de la Nación".

Como hechos fueron narrados en el libelo, en síntesis los siguientes:

1. Que el 12 de julio de 1983 perdió la vida en un accidente de tránsito acaecido en la ciudad de Armenia la señorita Martha Cecilia Zapata A.

2. Que el hecho se debió a imprudencia del señor José Israel López, conductor al servicio de Adpostal (Resolución de nombramiento 1527 de 1974) quien con el vehículo oficial OM-5104 le causó la muerte.

3. Que la señorita Zapata era hija extramatrimonial de Dioselina Arce Castaño y Heriberto Antonio Zapata E. y contaba a la fecha de su muerte con 17 años.

4. Que el día de los hechos el señor José Israel López V., estaba cumpliendo labores propias del servicio, con desconocimiento del régimen de vías de la ciudad de Armenia.

5. Que la investigación penal, tal como lo narra el punto 3.2.3. por el delito de homicidio en accidente de tránsito de Martha Cecilia Zapata Arce, correspondió inicialmente al Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Armenia quien remitió el proceso al Juzgado Superior Reparto de Armenia correspondiéndole al Juzgado Segundo Superior. Este Despacho encontró mérito para dictar auto calificatorio en contra del sindicado José Israel López Valencia, auto que dictó el día 2 de noviembre de 1983. El Juzgado Segundo Superior, concluyó que se reunían los requisitos del artículo 215 del Código de Procedimiento Civil para dictar sentencia condenatoria en contra del sindicado José Israel López Valencia por el delito de homicidio (sic) agotado en Martha Cecilia Zapata Arce, sentencia emitida el día 23 de marzo de 1984, y confirmada posteriormente por el Tribunal Superior de Armenia, Sala Penal. O sea que el hecho delictuoso cometido por López Valencia, en razón de la inobservancia de los deberes que todo conductor de automotores debe tener en cuenta, configuró la falla en el servicio, pues al momento del accidente se encontraba en ejercicio de sus funciones como conductor de automtores en la entidad administrativa citada. La falla en el servicio coexiste con la culpa personal del agente.

6. Que la señorita Zapata al momento de su muerte laboraba como empleada en "la cafetería la 19" de propiedad de la señora Sara Gutiérrez, administrada por el señor William Alba Quintero y devengaba un sueldo de $ 9.200.oo mensuales.

7. Que con sus ingresos sostenía a su señora madre Dioselina Arce Castaño, persona enferma y de avanzada edad.

8. Que la occisa tenía una vida probable de 43 años, según el acta de necropsia.

9. Que el deceso de la señorita produjo a su señora madre serios perjuicios, tanto morales como materiales, discriminados en la forma indicada en los puntos 3.6.1. y 3.6.2.

El Tribunal para tomar la decisión que se transcribió atrás, sostuvo, en síntesis que:

a) No se produjo la caducidad de la acción, puesto que la demanda fue presentada oportunamente;

b) Fueron probados los supuestos de la responsabilidad, o sea la falla, el perjuicio y la relación de causalidad, ya que dentro del expediente se acreditaron los siguientes hechos:

"a) Que a causa de accidente de tránsito acaecido en esta ciudad, en la carrera 15 con calle 23, causado por el señor José Israel López Valencia el día 11 de julio de 1983, con el camión de placas OM-5104,

murió la señorita Cecilia Zapata Arce, el 12 siguiente (ver partida de defunción y diligencias en folios 14 a 16 y 26 de este cuaderno);

"b) Que el vehículo conducido por el señor López Valencia era de propiedad de la Adpostal al momento del accidente y que el indicado conductor era empleado de tal entidad y conducía el automotor en acto de servicio (ver nombramiento y posesión en folios 18 a 20 y comunicaciones de los folios 21 a 23 del cuaderno número 3);

"c) Que la actora Dioselina Arce Castaño es la madre natural de la occisa (folio 13, cuaderno número 1);

"d) Que los hechos en los cuales resultó muerta la señorita Martha Cecilia Zapata Arce ocurrieron en las circunstancias anotadas en el auto de proceder proferido por el Juzgado Segundo Superior de Armenia el 2 de noviembre de 1983 (folios 29 a 40 del cuaderno número 1) y en la sentencia condenatoria fechada en marzo 23 de 1984 proferida por el mismo funcionario, providencias en las cuales se destaca la imprudencia con que actuó el conductor —empleado López Valencia—, la cual fue causa de la tragedia (véanse folios 34 a 36 a 48 de este cuaderno).

"Actuó con culpa, pues, el empleado de Adpostal al producirse el accidente automoviliario, desde el punto de vista penal. Pero esa misma culpa es constitutiva de una falla en el servicio, pues hizo que el servicio, pues hizo que el servicio de Adpostal no funcionara correctamente, causando un daño (la muerte de Martha Cecilia) que debe ser indemnizado, pues se da la relación de causalidad entre la falla y el daño";

c) Los perjuicios materiales fueron acreditados en parte, ya que en relación con algunos rubros se presentaron ciertos vacíos probatorios que impidieron el reconocimiento de los mismos y su cuantía.

En vista de que ninguna de las partes apeló del fallo, el Tribunal ordenó su consulta por haber impuesto éste una condena a cargo de la entidad pública demandada. En esta segunda instancia, las partes guardaron silencio. En cambio, el Ministerio Público en su vista de marzo 17 del presente año (a fls. 115 y ss.), estima que se debe revocar el fallo y denegar las súplicas de la demanda, ya que la decisión fue tomada con base en la sentencia penal que encontró culpable al conductor del vehículo y no con apoyo en pruebas practicadas dentro de este proceso de responsabilidad.

A este respecto, anota:

"La Sala ha sido un tanto variable al respecto y más que una constante jurisprudencia, lo que se ha mostrado es el criterio de sus integrantes sobre esta materia.

"En ocasiones se le ha negado todo valor dentro del proceso administrativo a las pruebas practicadas en los juicios penales. Lo anterior considerando que no se ha cumplido con los requisitos que la ley ordena para la prueba trasladada. En otras ocasiones, a las pruebas practicadas en los procesos penales se les ha dado el valor de prueba indiciaria, la que al ser analizada y complementada con las pruebas

allegadas al proceso administrativo, son también tenidas en cuenta por el juez de lo contencioso administrativo.

"En otras oportunidades, la Sala ha optado por aceptar que la prueba recolectada en el proceso penal en donde se estableció plenamente la existencia del hecho, éste debe ser aceptado como probado también en esta jurisdicción contenciosa.

"En todo caso, ya sea que se tome la prueba como plena prueba, o como indicio o que se den por probados los hechos constitutivos del ilícito, es necesario que en esta jurisdicción se analicen los hechos por los cuales se reclama a la luz de los principios que regulan la responsabilidad del Estado, teniendo presente las condiciones que se exigen y que deben ser analizadas en cada caso para poder declarar la responsabilidad estatal.

"El análisis que en un momento dado haga el juez penal y que pueda llevarlo a declarar que el sindicado es penalmente responsable por los hechos que se le imputan, no conlleva siempre a tener que declarar la responsabilidad administrativa del ente encargado de prestar el servicio público; y con mayor razón cuando el fundamento de la acción indemnizatoria es la falla del servicio. Bien puede darse el caso que aún estando comprobada en lo penal la autoría del hecho punible, encontramos que en el proceso contencioso existan circunstancias que impidan declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado. O viceversa, puede ocurrir también que absuelto el sujeto en el proceso penal, el ente administrativo resulte condenado y llamado a indemnizar.

"Lo anterior ocurre precisamente porque los supuestos que dominan las dos acciones son diferentes.

"Por otra parte, no hay que olvidar los requisitos que se deben seguir en la práctica de las pruebas, los que son indispensables para su apreciación y valoración en otros procesos.

"El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, dispone: 'Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciable sin formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen y con audiencia de ésta'.

"De lo anterior se deduce que cuando la prueba no se ha ceñido a los requisitos de la publicidad y de la contradicción, no se le puede dar valor probatorio en otro proceso.

"Es claro que en el presente caso las partes en un y otro proceso son diferentes y las pruebas practicadas en el proceso penal no se pueden hacer valer frente a la administración, porque ellas no cumplieron con los requisitos a que alude la ley en materia de pruebas trasladadas.

"Es cierto que en el presente caso se puede dar por probado que el día 11 de julio de 1983, ocurrió un accidente de tránsito; mas no podemos decir lo mismo respecto a la forma en que se sucedieron los hechos. El juez penal llegó al convencimiento de que el sindicado había obrado en forma descuidadada al no hacer el pare a que estaba obli-

gado y por eso el vehículo colisionó con otro que transitaba en la vía preferencial. La anterior convicción la obtuvo el señor juez después de analizar las pruebas y muy especialmente de las declaraciones que recibió en el trámite de la investigación.

"Pues bien, para los efectos penales, lo anterior fue suficiente para dictar sentencia condenatoria. Caso muy diferente al que analizamos ahora, pues en primer lugar ninguno de los testigos fue llamado a ratificar su testimonio. La prueba así allegada no se puede hacer valer frente a la Administración. La circunstancia de no existir la adecuada señalización en la vía, la poca iluminación, la humedad existente y la intervención de un tercero en el accidente, que al parecer fue determinante en la ocurrencia de los hechos, todas estas circunstancias que no tuvieron que ser consideradas por el juez penal, pero que tampoco fueron analizadas por el Tribunal contencioso, al ser tenidas en cuenta cambian necesariamente la solución que se puede dar al problema".

Para la Sala el punto es de especial importancia y sobre él no existe un pensamiento unánime. Con todo, ha venido predominando la tesis de que las pruebas practicadas dentro del proceso penal y trasladadas al de responsabilidad estatal sólo podrán valorarse cuando hayan sido ratificadas dentro de este último, en especial cuando de testimonios se trate. Así mismo se ha dicho que las copias de las sentencias penales sólo demuestran que se siguió un proceso contra alguien en particular y que en torno al mismo se tomó una determinada decisión. El caso *sub júdice* ofrece una nueva oportunidad para la delimitación del problema, máxime cuando el *a quo*, con base en la sentencia penal condenatoria por homicidio dictada contra el señor José Israel López V., por muerte en accidente de tránsito de la señorita Martha Cecilia Zapata A., dio por probada la falla del servicio.

Al respecto, la Sala considera:

En las acciones de reparación directa seguidas contra la Nación, en las que se busque el restablecimiento de derechos subjetivos vulnerados por hechos de funcionarios suyos, constitutivos de falla del servicio, puede presentarse la duda de si las pruebas trasladadas del proceso penal seguido contra los mismos funcionarios, practicadas con su audiencia y con la del Ministerio Público, se consideran controvertidas por la entidad pública y por ende, dotadas de validez en tales procesos. La respuesta muestra tendencia negativa. Los que tal posición asumen afirman que no es factible identificar la intervención del Estado en el proceso penal en ejercicio del *"ius imperii"* con la que cumple como parte en las acciones aludidas, en las cuales se discute una pretensión determinada de significado patrimonial. Por lo demás, en el proceso penal no concurre el Estado como administración activa ni como parte y su injerencia obedece a objetivos de orden superior a los simplemente patrimoniales puestos en juego en las acciones de resarcimiento de derechos particulares.

A este respecto es bastante ilustrativo el pensamiento del Consejo de Estado expuesto en sentencia de 15 de febrero de 1969 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera), de la cual fue ponente

Gabriel Rojas Arbeláez (Ver *Anales* de 1969, Primer Semestre. Tomo LXXVI, pág. 243).

Se estima que la negativa no puede ser rotunda. En los procesos penales por homicidio o lesiones causadas por un funcionario estatal tiene que intervenir no sólo el Ministerio Público, el que además de ejercer sus funciones como defensor del orden jurídico constitucionalmente es el representante legal de la Nación, sino el funcionario sindicado del ilícito frente al cual no podrá hablarse de falta de controversión probatoria.

No puede olvidarse que el fenómeno aquí tratado se refiere a hipótesis bien definida: El traslado de pruebas de un proceso penal seguido contra el funcionario que con su conducta pudo comprometer así mismo la responsabilidad del ente público al que está vinculado. En otros términos, un traslado de pruebas del proceso penal al de responsabilidad estatal, en el que la fuente de ésta sea la culpa o falla del servicio del funcionario y no la culpa anónima del servicio.

Para entender lo precedente debe tenerse en cuenta que en ciertos eventos el mismo hecho de un funcionario conocido puede ser a la vez constitutivo de falla del servicio (considerado objetivamente, se entiende) y configurativo de un ilícito penal, porque esa conducta puede subsumirse dentro de las reglas propias de éste o dentro de las que regulan la responsabilidad directa del Estado por el hecho de sus funcionarios.

Con estas precisiones, la intervención del sindicado en el proceso penal permite afirmar que las pruebas allí practicadas fueron controvertidas por el mismo, para todos los efectos, porque no tendría sentido alegar que lo hizo sólo como parte del proceso penal y no como funcionario que es o fue de la administración. La participación en el proceso penal del Ministerio Público y del funcionario autor del hecho punible, así mismo constitutivo de falla del servicio, hace innecesaria la ratificación de las pruebas practicadas en el curso de aquél, en especial la de los testimonios.

Si bien es cierto la discrepancia se presenta cuando del traslado de las pruebas del proceso penal se trata, no sucede igual cuando se refiere a investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración. En estos eventos, no habría lugar a la ratificación de los testimonios porque se entiende que en estos casos la prueba no sólo fue ratificada por la administración sino practicada por esta misma. Este ha sido el pensamiento reiterado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ratificado una vez más en el fallo de octubre 10 de 1986.

Las copias de las sentencias penales.

El punto presenta una faceta diferente, ya que aquí no se cuestiona el traslado de las pruebas practicadas dentro del proceso penal en el que estuvo involucrado el funcionario, sino que sólo se lleva al de responsabilidad la copia de la sentencia proferida en aquél.

Estima la Sala que esa copia prueba algo más que su expedición y que con 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 el argumento 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.

De allí que, v. gr., 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 del servicio de la administración por esos mismos hechos calificados por el juez penal e imputados a dicho agente; 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.

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 subsunción del hecho en los supuestos de la norma que contempla la responsabilidad y no un simple problema probatorio.

Como comentario adicional debe recordarse que los casos de coexistencia de una culpa personal de un funcionario determinado con una falla del servicio no son extraños en el derecho administrativo. Casos que permiten al damnificado escoger entre demandar al funcionario o a la entidad pública.

Se da esta coexistencia, como lo afirma la doctrina, cuando una misma actuación del funcionario constituye a la par un delito penal (culpa personal del agente) y una falla del servicio de la entidad a que pertenecía dicho funcionario. Como es obvio, la conducta aquí se subsume en normas diferentes. La penal, desde la órbita del Código correspondiente; y la falla del servicio de la entidad pública, porque ese acto se le imputa a su propio y directo accionar, dentro de las reglas que gobiernan su conducta.

En el caso *sub júdice* la aplicación de la tesis que expuso el Tribunal y que, como se dejó visto, reafirma la Sala, es perfectamente aplicable porque fuera de las copias de la sentencias que condenaron penalmente al señor José Israel López V., el conductor de Adpostal, existen otras pruebas dentro del proceso practicadas en su oportunidad que evidencian el carácter oficial que tenía y que cuando ocurrió el hecho cumplía misión de servicio. A este respecto se observa en el cuaderno de pruebas de la parte actora la copia autenticada de la resolución de nombramiento del señor López V. (Nº 1527 de 1974), el acta de posesión como chofer mecánico y la certificación del Director

Regional de Adpostal, en la que se informa que el día del accidente cumplía labores propias del servicio (Ver documentos a folios 18, 20 y 21 del cuaderno número 3). Además, existe la constancia de que el vehículo que causó la tragedia pertenecía a la entidad demandada (ver constancia al folio 23 del mismo cuaderno).

La Sala comparte, así, la motivación del Tribunal. No obstante hace algunas reflexiones adicionales en torno a la caducidad de la acción alegada por la parte demandada.

Está claro que el fenómeno de la caducidad no se había producido cuando se presentó la demanda el 25 de junio de 1985 (al folio 12 vuelto) y tampoco cuando se produjo su corrección el 15 de agosto siguiente (al folio 72 vuelto).

A este respecto sostuvo el Tribunal:

"No asiste razón a la parte demandada por cuanto los hechos ocurrieron el 11 de julio de 1983 fecha en la cual regía el Decreto 528 de 1964, artículo 28, que al respecto preceptuaba:

"Artículo 28. 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 (Rayas de la Sala).

"El término de caducidad de dos (2) años fijados por el artículo 136 del nuevo Código Administrativo, está consagrado para aquellas acciones de reparación directa y cumplimiento por hechos ocurridos a partir del 1º de marzo de 1984, fecha en la que empezó a regir el citado Código (Decreto 01 de 1984). Por tanto no puede aplicarse este término a las acciones indemnizatorias que nacieron a los particulares bajo la vigencia de la norma pretranscrita, pues la ley siempre rige para el futuro, salvo las excepciones que ella misma contempla.

"Para este proceso se cuenta el término de caducidad así:

"Ocurrencia de los hechos: Julio 11 de 1983.

"Fecha última para instaurar demanda ante esta Corporación: Julio 11 de 1986.

"El libelo fue presentado el 25 de junio de 1985 y corregido el 15 de agosto del mismo año. Si tomamos esta última fecha tenemos que la demandante se encontraba dentro del término de los tres (3) años consagrados por el Decreto 528 de 1964, es decir, estaba en tiempo para accionar ante esta vía jurisdiccional, pues, se repite, el plazo mencionado le caducaba el 11 de julio de 1986".

A lo anterior, se observa:

a) Los asuntos de reparación directa venían sometidos al término de caducidad de 3 años, señalado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial;

b) El nuevo Código Administrativo redujo este término a dos años (art. 136, inciso 4º);

c) La aplicación de esta norma es sólo para el futuro y en principio únicamente para la caducidad de las acciones derivadas de hechos ocurridos después del 1º de marzo de 1984 (iniciación de la vigencia del Código);

d) La caducidad de las acciones por hechos anteriores está gobernada, por regla general, por el artículo 28 del Decreto 528. Pero como no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como es el de caducidad, la regla que lo modifica es de aplicación inmediata.

De allí que si cuando empezó a regir el Código Administrativo faltaba por correr menos de los 2 años señalados en éste, la caducidad se gobierna en un todo por el término vigente cuando ocurrió el hecho perjudicial; pero si faltaban más de dos años y no se había presentado la demanda, ésta tenía que formularse a más tardar el 1º de marzo de 1986, fecha de vencimiento del nuevo plazo.

Se entiende esto no sólo por el efecto inmediato y hacia el futuro que tienen las normas procesales, sino porque el principio contenido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1987 sólo es aplicable en materia de prescripción, que le permite al prescribiente optar entre uno y otro término, según su conveniencia.

Aplicando estas ideas al caso concreto resulta:

Ocurrencia del hecho: Julio 11 de 1983. Si el Código Administrativo no hubiera cambiado el término, la demanda se habría podido presentar hasta el 11 de julio de 1986; pero como redujo el término de tres años del Decreto 528 (art. 28) a dos, y cuando empezó a regir aún no se había presentado la demanda (ésta con su corrección se produjo el 15 de agosto de 1985), hay que concluir, por fuerza, que su presentación fue oportuna. Y como el 1º de marzo de 1984 había corrido menos de un año, la caducidad no podía extenderse más allá de los 2 años exigidos en el nuevo Código; o sea, hasta el 1º de marzo de 1986.

La Sala comparte el análisis probatorio y de fondo que hace el Tribunal, por encontrarlo ajustado a la ley. A él se remite y lo prohija.

Se recuerda que la parte actora, al no apelar, se conformó con la decisión del Tribunal.

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

Falla:

Confírmase la sentencia de julio 22 de 1986, dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 21 de mayo de 1987.

Julio César Uribe Acosta, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

AERONAVES. DOMINIO. PRUEBA.—
Artículo 1427 del Código de Comercio. DOCUMENTOS. Aporte al proceso. COPIAS. VALOR PROBATORIO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., once de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 3871. Actor: Carlos J. Sánchez Santamaría. Demandado: La Nación —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil—.

I

El señor Carlos J. Sánchez Santamaría, por conducto de apoderado, legalmente constituido, demandó a la Nación Colombiana —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil—, para que en sentencia definitiva de única instancia se hicieran las declaraciones y condenas que se enlistan en el *petitum.*

Rituado el proceso, en la forma ordenada por la ley, ha llegado el momento procesal oportuno para dictar la sentencia correspondiente pues no se observa causal de nulidad que vicie la actuación.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcriben a continuación los apartes pertinentes de la demanda.

Petitum:

Lo concretó el mandatario judicial de la parte demandante en los siguientes términos:

"*Primera.* Que la Nación Colombiana —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil— es civilmente responsable de los perjuicios materiales, en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, causados al demandante Carlos J. Sánchez Santamaría, con motivo del accidente aéreo ocurrido el 17 de junio de 1981, en el aeropuerto o pista de Miraflores (Guaviare), a consecuencia del cual quedó destruida e inservible la aeronave marca Douglas, Modelo C-47-A, serie número 4224022, matrícula HK-1078.

"*Segunda.* Que se condene, en consecuencia, a la Nación Colombiana —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil— a pagar al demandante Carlos J. Sánchez Santamaría, dentro del término que

señale la sentencia, la suma de siete millones cuatrocientos mil pesos ($ 7.400.000.oo) moneda corriente, por concepto de daño emergente y como saldo del resarcimiento pleno o completo correspondiente a la naturaleza de los daños y su valor real, y tres millones cuarenta mil pesos ($ 3.040.000.oo) moneda corriente, mensuales, por concepto de lucro cesante, desde la fecha del accidente hasta la fecha del dictamen o el límite legal.

"En subsidio, se haga la condenación por las sumas que por los mismos conceptos se estimen o determinen pericialmente o *in género* para que se ordene su liquidación por el procedimiento establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y conforme a las bases dadas en la parte motiva del fallo que decida definitivamente el presente litigio" (fls. 15 y 16, C. Nº 1).

Causa petendi:

Los hechos que estructuran la *causa petendi* fueron presentados con la siguiente literatura:

"1º Por escritura pública número 1836 de 14 de agosto de 1969, de la Notaría 1ª de Barranquilla, el demandante adquirió con la señora Bertha Loaiza Ortiz, la aeronave que se identifica por sus características principales en esta demanda.

"2º La aeronave referenciada fue inscrita en el Departamento de Aeronáutica Civil, bajo el número 1249, Libro 4º, folio 467, con los requisitos determinados en el Código de Comercio y reglamentos aeronáuticos, a nombre de sus titulares Carlos José Sánchez Santamaría y Bertha Loaiza Ortiz.

"3º Por documento privado de 7 de diciembre de 1979, la comunera Bertha Loaiza Ortiz prometió vender al demandante Sánchez Santamaría, el derecho que le correspondía sobre dicha aeronave, haciéndole la entrega real de su cuota.

"4º La aeronave, conforme a la certificación de aeronavegabilidad, se matriculó para fines comerciales —transporte y carga— en operaciones de cabotaje, y cumplió con los requisitos técnicos exigidos para esta categoría y utilización.

"5º La aeronave se dedicó al transporte aéreo y en desarrollo de sus actividades utilizaba regularmente los aeropuertos 'Vanguardia' de Villavicencio y 'Miraflores' de Guaviare, clasificados como públicos y bajo la directa vigilancia del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

"6º Por medio del Decreto 3140 de 1968, el Gobierno Nacional encargó al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, la administración y control de los aeropuertos nacionales y todo lo relacionado con su infraestructura, aviación civil y transporte aéreo.

"7º En virtud de lo anterior, la Nación, como entidad de derecho público, es la explotadora de los aeródromos nacionales y la responsable del buen mantenimiento del tránsito de las pistas, zonas de rodamiento, telecomunicaciones aeronáuticas, ayudas de navegación y me-

teorología y sistemas de iluminación, para la prestación del buen servicio y evitar accidentes.

"8º El día 17 de junio de 1981, a las ocho horas de la mañana (08:00 a.m.), y conforme al plan de vuelo, la aeronave de propiedad del demandante, partió, del aeropuerto 'Vanguardia' de Villavicencio con destino al de 'Miraflores' de la Comisaría del Guaviare, llevando a bordo el personal de tripulación y varios pasajeros.

"9º El viaje calculado para una hora y treinta minutos de vuelo, se cumplió normalmente hasta el especial sobre San José del Guaviare, a 7.500 pies de altura, lugar donde pocos minutos después despegó el avión Satena FAC 11-30, con el mismo destino de la aeronave HK-1078.

"10. La aeronave HK-1078 anunció a la Torre de Control de Villavicencio su próximo aterrizaje en el aeropuerto Miraflores (Guaviare), y de ésta se comunicó a la Torre de San José del Guaviare para que se ordenara despejar o dar tránsito libre en la pista de Miraflores a 'todas las aeronaves que se hallan en vuelo en la zona y próximas a aterrizar o despegar'.

"11. Cerca al campo de Miraflores, la aeronave Satena FAC 11-30 sobrepasó al HK-1078 y tomó la pista con orientación 02, al tiempo que la segunda se disponía a efectuar la misma operación de aterrizaje con igual rumbo y por la misma cabecera que ya ocupaba y recorría la primera.

"12. Ante la situación anterior y para evitar una segura colisión sobre la superficie, el comandante de la nave HK-1078 optó por aterrizar tomando la cabecera contraria, entrando en pérdida de potencia y velocidad, precipitándose a tierra al efectuar la maniobra de viraje para enfrentar la pista de aterrizaje.

"13. En el accidente antes relatado, la aeronave HK-1078 chocó violentamente contra el terreno y unos árboles, causando pérdida de vidas, lesiones y daños materiales a la misma, en su estructura, equipo y accesorios, la cual quedó destrozada en su conjunto general y completamente inutilizada e inservible.

"14. La aeronave accidentada operaba legalmente; se encontraba en buen funcionamiento de equipos y mantenimiento, y los miembros de la tripulación, señores Juan José Gómez G., Juan Lozada Botello y Jorge Enrique Gil Pinto, poseían sus respectivas licencias de pilotaje vigentes y acreditaban amplios conocimientos y experiencia en la técnica de navegación aérea.

"15. La pista de Miraflores (Guaviare) antes y en la fecha del accidente, se encontraba en malas condiciones de conservación y mantenimiento por la existencia de huecos o vacíos en la superficie, falta de control de tránsito aéreo, ayudas de estación de radios (ADF) y radiofaro direccional de alta frecuencia (VOR).

"16. Por la carencia de las completas instalaciones y servicios que componen la infraestructura aeronáutica, y la falta total de los equipos de telecomunicaciones y ayudas de navegación, no se pudo prevenir o evitar el accidente, ni proteger y defender los daños materiales causados.

"17. Las causas del accidente se determinaron, conforme con la investigación e informe 00040 del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en el cual se atribuye 'a la falta de torre de control en el areopuerto de «Miraflores», mantenimiento descuidado de la pista, deficiencias en el control de operaciones aéreas', etc., todo lo cual pone de presente la falta o falla de servicio administrativo, y la culpa directa y objetiva imputable a la Nación.

"18. A lo anterior se suma que las autoridades o funcionarios encargados de la administración, vigilancia y control del aeropuerto Miraflores, obraron con toda negligencia, descuido o conducta omisiva, pues no adoptaron ninguna medida tendiente a evitar accidente, teniendo pleno conocimiento de los serios peligros que ofrecía la pista.

"19. La aeronave accidentada tenía un valor comercial, en la fecha del siniestro, de *$ 15.000.000.oo*, dado su estado de conservación, funcionamiento mecánico, horas de vuelo, vida de sus motores y capacidad para el servicio de transporte aéreo.

"20. Los beneficios económicos de la misma aeronave, en promedio mensual, representaban para el demandante ingresos por la cantidad de *$ 3.040.000.oo*, deducidos los gastos de afiliación a 'Aéreos El Venado', tasas por servicios de aeropuertos, combustible, seguros, reservas de fondo, mantenimiento y pagos de tripulación y personal de servicio adicional.

"21. La aeronave estaba amparada mediante contrato de seguro de daños, por la cantidad de *$ 8.000.000.oo* (ocho millones de pesos), con la Compañía Nacional de Seguros, de Bogotá D. E., la que canceló al demandante, por indemnización, la suma de $ 7.000.000.oo subragándose (sic) la aseguradora, por Ministerio de la ley, hasta la concurrencia de su importe, limitado a esa suma.

"22. El pago del seguro anterior, sólo cubrió parcialmente los perjuicios causados, no la indemnización plena o total por los valores reales y ciertos de la aeronave accidentada, que montan a *$ 15.000.000.oo* por daño emergente, y los correspondientes al lucro cesante en la cantidad mensual señalada en la demanda" (fls. 16 a 20).

II

Alegato presentado por el apoderado de la parte actora:

A folios 222 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto del alegato presentado por el procurador judicial de la parte demandante, en el cual se hacen valoraciones de orden fáctico y jurídico, entre las cuales se destacan las siguientes:

"Mi mandante demandó con legítima personería o de legitimación *ad causam*, pues acreditó con prueba documental que se exige *ad substantiam actus*, la calidad de dueño, por escritura pública número 1836 de 14 de agosto de 1969, de la mitad de la nave, y del derecho a la otra mitad por haberla recibido de la comunera, mediante legal promesa de compraventa, según el documento privado de 7 de diciembre de 1979, y conforme al cual obra con el carácter de poseedor material, con todos los derechos inherentes a esta calidad, que traduce la presunción de dueño. Artículo 762 del Código Civil.

"El informe número 00046 de 24 de marzo de 1982 sobre el accidente aéreo, con los datos de reseña del vuelo, daños ocasionados, datos de la tripulación y de la aeronave, estado metereológico, ayudas de navegación, equipos de comunicaciones, estado de la pista, investigaciones y análisis de las causas probables, conclusiones y recomendaciones, es una prueba con pleno mérito demostrativo, según las voces del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de 'informes técnicos o científicos de las entidades y oficinas públicas', que disponen de personal especializado y que se rinde sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso.

"De su análisis se desprende que la aeronave HK-1078, de acuerdo con el plan de vuelo, despegó del aeropuerto Vanguardia de Villavicencio con destino a la Pista de Miraflores, en Guaviare, el día 17 de junio de 1981, a las 8:21 horas, a la que debía llegar en una hora y treinta minutos aproximadamente, en cuyo trayecto reportó a las 9:12 horas cruzando San José del Guaviare —con 7.500 pies de altura—.

"Dice el mismo informe que 'tres minutos después', a las 09:15 horas, despegó de SJG el Satena FAC 11-30 también con destino a Miraflores y que ambas naves reportaron su llegada a las 09:50 y así mismo que Villavicencio llamó a San José del Guaviare para que 'informe a todas las aeronaves que se hallan en vuelo en la zona y próximas a aterrizar o despegar de Miraflores para que despejen el área'.

"En esta reseña, continúa el informe que 'cerca de Miraflores, el Satena 11-30 sobrepasó al HK 10-78 y procedió a aterrizar por la cabecera con orientación 02 y que el HK 10-78 también procedió a efectuar su aterrizaje por esta misma cabecera', relatando finalmente que el comandante de esta nave decidió aplicar potencia al motor bueno para hacer el aterrizaje por la cabecera contraria, momento en que entró 'en pérdida precipitándose a tierra, chocando y desprendiéndose el ala derecha contra unos árboles y chocando la proa contra el terreno en lugar pantanoso formado por un caño desbordado por el invierno, pereciendo allí el piloto, el tripulante adicional y un pasajero, etc.'.

"Da cuenta el mismo de los daños sufridos por la aeronave accidentada y con respecto a la tripulación expresa que el piloto Juan José Gómez García, poseía la licencia PTL-1040, se trataba de un oficial en uso de buen retiro de la Fuerza Aérea Colombiana, con amplia experiencia en el equipo accidentado, y el copiloto Juan Lozada Botello, con licencia PC-2555 con adición a copiloto DC-3, con certificado médico vigente hasta diciembre 30 de 1981.

"Otros informes se relacionan con el buen estado de la nave, sus horas de vuelo, instalación de un motor tres días antes del accidente, y en cuanto a las ayudas de navegación se indica que la pista de San José del Guaviare, disponía de radiofaro y VOR, pero que, 'la pista de su destino Miraflores carecía y carece totalmente de ayudas' y en cuanto a comunicaciones que: 'En el lugar de destino MFS, *no existe comunicación alguna para las aeronaves*' (Se subraya).

"Con respecto al estado de la pista, este informe expresa que: 'La pista de destino se hallaba en malas condiciones pues la superficie

de esta se hallaba cubierta de profundos huecos' y que: '*En esta pista* (Miraflores) *no existe control de tránsito aéreo y se hace necesario debido a la gran cantidad de operaciones aéreas por el auge de la región*' (También se subraya).

"En los apartes finales, el informe que se comenta expresa como causas probables, por el factor base aérea o aerovía, la consistente, '*en la falta de torre de control en el aeropuerto de Miraflores, teniendo en cuenta el* alto tráfico que existe, con lo cual se hubiera podido evitar el accidente', y disciente, de otra parte, resultan las recomendaciones que se hacen en los literales a), b) y c) del numeral 4º del precitado informe sobre el cumplimiento de las disposiciones pertinentes exigidas para los aviones dedicados a servicios aéreos regulares, de mantener contacto de radio, durante el vuelo, que se instale en Miraflores una torre de control, teniendo el alto tráfico y que se emita un boletín informativo de aviación civil como militar, 'que contenga una información general y pragmática de la forma como sucedió el accidente, las causas y recomendaciones'.

"Surge de lo anterior la responsabilidad civil atribuible en forma directa a la entidad de derecho público demandada, la que conforme a las normas de derecho constitucional (arts. 16, 20 y 30) le corresponde prestar los servicios públicos a la comunidad, velar por el cumplimiento de deberes para proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes, y reparar los perjuicios que se causen por culpa de sus agentes 'por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho', que ante su falta implican una falla o falta del servicio, que es la *causa petendi* invocada en la presente demanda y que debe reconocer ese honorable Consejo, como legítimo derecho reclamado por el demandante Carlos J. Sánchez Santamaría" (fl. 227 a 230, C-1).

"De lo que se lleva dicho, no se puede desconocer que todos los factores analizados conducen a demostrar sin ninguna hesitación que en el accidente del 17 de junio de 1981, en el aeropuerto de Miraflores (Guaviare) hubo culpa de la Nación, puesto que el servicio de los aeródromos o pistas de aterrizaje están sometidos a la inspección, vigilancia y reglamentación del Gobierno, y estos actos y deberes no se cumplieron, por descuido, negligencia o falta de cuidado de sus agentes, tal el Departamento de Aeronáutica Civil, que tiene a su cargo tales funciones por mandato expreso de la ley, concretamente el Decreto 3140 de 1968 relacionado con la aviación civil y su transporte.

"A términos del precitado decreto corresponde al Gobierno, por conducto del Departamento de Aeronáutica Civil construir, instalar, administrar y mantener las obras y elementos de infraestructura aeronáutica, lo mismo que realizar inspecciones periódicas al personal de vuelo, instructores y personal de tierra dedicados a las distintas especialidades, etc.

"El artículo 15 del decreto ya citado impone a la Aeronáutica revisar los factores humanos, materiales y ambientales para reducir riesgos de operación, planear sistemas de telecomunicaciones aeronáuticas, ayudas de navegación y meteorología, construir y mantener, con arreglo a los programas adoptados, aeropuertos y otras estructuras, ayudas de navegación, facilidades de comunicación metereológica y sistemas de iluminación y generación eléctrica.

"Nada de lo anterior cumplió o estuvo siquiera pendiente de cumplir el Departamento de Aeronáutica Civil, como ya se vio del informe atrás analizado y comentado y que en términos generales confirma el dictamen pericial rendido por los peritos ingenieros doctores Carlos Rangel Moreno y Miguel Antonio Pardo Sánchez, quienes apreciaron en el propio terreno el estado, condiciones e instalaciones de la pista de Miraflores, cuyo mantenimiento de la misma 'ha sido mucho mejor en los dos últimos años', o sea después del accidente, como resulta lógico concluir, pues el experticio se rindió en septiembre 20 de 1983.

"Tan claro es el descuido y abandono con que se mantenía la pista de Miraflores, lugar del trágico accidente, que los peritos observaron que el radio-faro sólo había sido instalado 'hace aproximadamente cuatro meses' con su depósito de combustible y un empleado encargado para mantenimiento y celaduría, y cuando absolvieron el punto relativo al tiempo y funcionamiento de las instalaciones aeronáuticas anteriores y posteriores al 17 de junio de 1981, contestaron categóricamente: *'No tenía nada'. 'Hace cuatro meses, aproximadamente que fue puesto en servicio el radio-faro, como única instalación aeronáutica'.*

"En respuesta a otros cuestionarios, los peritos nombrados verificaron que en el año de 1981 —por la fecha del accidente— hubo también '2 incidentes y 2 accidentes', dentro de estos últimos el del HK-1078, que la causa que produjo el accidente fue la de encontrarse 'un avión de Satena, que impidió el aterrizaje del avión HK-1078, que iba en emergencia', y por último que: 'El sistema utilizado en la actualidad tanto para los aterrizajes como decolajes, es por la intercomunicación radial entre las aeronaves así como el visual', que *'no son métodos confiables para la seguridad de las operaciones'.*

"Ese honorable Consejo de Estado, en caso de responsabilidad de la Nación por falla en el servicio de aeropuertos al cuidado del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (cita de la obra de 'Estudios sobre Jurisprudencia Administrativa', del doctor Antonio José Arciniegas, pág. 231) se pronunció así:

"De las normas antes transcritas (Decreto 3140 de 1968) se deduce claramente que el Estado a través del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil cumple las funciones de protección de la vida y bienes de las personas en el ejercicio del transporte aéreo, mediante la expedición, renovación y cancelación de los títulos de idoneidad del personal aeronáutico, así como de las licencias, y de los aeropuertos; e igualmente, con las continuas inspecciones a las aeronaves, aeropuertos y al personal aeronáutico, y la obligación de mantener en perfecto estado 'aeropuertos y otras estructuras'.

"Se señalaron también en la demanda como normas concordantes quebrantadas, con motivo del accidente y en sustentación del derecho subjetivo demandado, la de los artículos 1773, 1801, 1808, 1815, 1817, 1856 y 1860 del Código de Comercio, que en su orden regulan lo atinente a las actividades de aeronáutica, 'las cuales quedan sometidas a la inspección, vigilancia y reglamentación del Gobierno' la determinación de funciones que deben ser cumplidas por el personal aeronáutico, lo relativo a infraestructura, clasificación de aeródromos,

explotadores de aeródromos y su responsabilidad, permisos de operación y por último, el ordenamiento que: 'La autoridad aeronáutica reglamentará y clasificará los servicios aéreos, los explotadores y las rutas y señalará las condiciones que deberán llenarse', etc.

"Obra la Nación con la calidad de explotadora de los aeródromos (Ley 89 de 1938), como claramente lo indican los artículos 1856 y 1860 del citado Código de Comercio, pues es la que por ministerio de la ley tiene a su cargo la inspección, vigilancia y reglamentación de las actividades aeronáuticas, y a la que se le fijan las facultades y autorizaciones para otorgar los permisos de operación, reglamentarlos y clasificarlos, a través de la respectiva autoridad aeronáutica, como organismo del Estado.

"Con fundamento en el articulado que se cita y comenta, esa Alta Corporación, en el fallo a que se aludió líneas atrás, también dijo: 'De todo lo anterior se concluye que el Estado colombiano será responsable de los daños ocasionados en el transporte aéreo cuando quiera que ellos ocurran por falla en el servicio de aeropuertos, o en fallas humanas conocidas por las autoridades aeronáuticas o que estas debieron conocer, o por falta de los equipos de aeronavegación por no inspeccionarlos, y, finalmente, cuando quiera que omitieron el cumplimiento de las funciones encomendadas a la entidad para el cumplimiento del mandato del varias veces citado artículo 16'.

"Acorde con todo lo anterior, los elementos que configuran la responsabilidad civil por la falta o falla del servicio surgen, con toda nitidez en el presente caso, habida consideración de que se demostró que el accidente se debió a la carencia total de torre de control en el aeropuerto de 'Miraflores' y a las graves deficiencias en el control de operaciones, que por la magnitud de las mismas en ningún momento habrían permitido prevenir o evitar el siniestro ocasionado.

"A las causas anteriores, se han de agregar las que se observaron en el propio campo o terreno que lo señalan los informes y la peritación en pésimo o mal estado, de donde se sigue que la propia autoridad llamada a mantenerlos en forma segura y eficiente, obró culpablemente, al no cumplir sus obligaciones, que eran las de adoptar las medidas necesarias para evitar esta clase de siniestros y amparar así la vida y bienes de los asociados. Nada de esto se hizo, ni se había hecho, y por tales razones se produjo el accidente.

"Claro e indiscutible resulta, que el aeropuerto de 'Miraflores', no se hallaba en el momento del accidente en perfecto y buen funcionamiento, por carencia total de equipos técnicos y aparatos necesarios para la navegación aérea, actividad altamente peligrosa, que por sí sola hace presumir la culpa en favor de la persona víctima del daño, como lo es el demandante en este proceso, y a términos del artículo 2356 del Código Civil, que así lo tiene consagrado y repetido invariablemente la jurisprudencia y la doctrina, como se expresa en el párrafo siguiente:

"No hay duda de que el servicio aéreo equivale a lo que la jurisprudencia determina como una actividad peligrosa. Si en muchas ocasiones esa jurisprudencia ha aceptado que es actividad de esta clase el manejo de un automóvil con mayor razón hay que aceptar que es

actividad peligrosa accionar una aeronave. *Por eso la ley tiene definido que hay presunción de culpa por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro de un aérodromo* (Ley 89 de 1938, art. 53).

"La Nación, como ya se dijo, para explicar o dar el concepto de violación de las normas sustanciales y en demostración de la responsabilidad civil a cargo de dicha entidad de derecho público, falló por desvío o inacción al permitir, aún de tiempo atrás, el aterrizaje en un aeropuerto, como el de Miraflores (Guaviare) que no reunía las condiciones mínimas necesarias y técnicas para la navegación aérea, violando derechamente el Decreto 3140 de 1968 que le señala funciones específicas sobre el mantenimiento completo, seguro y eficiente de tales aeropuertos y proteger la vida y los derechos patrimoniales que consagran las normas de la Carta Fundamental.

"No atendió la Nación a la reparación oportuna de la pista de Miraflores, ni tomó las medidas necesarias y aconsejables para que las naves pudieran operar sin obstáculos ni peligros, con lo cual, en lugar de dar estricto cumplimiento a los mandatos legales y constitucionales y de reglamentación aeronáutica, lo que hizo fue obrar con quebrantamiento de ellos en forma descuidada, negligente e irresponsable, con los resultados lamentables y graves de que da cuenta este proceso.

"Por lo que dice a los perjuicios causados, las mismas pruebas del informe de la Aeronáutica Civil y dictamen inicial rendido por los peritos doctores Rangel Romero y Pardo Sánchez, quedó establecido que la aeronave accidentada sufrió destrozo total, o sea que perdió todo valor comercial, sin que hubiera dado lugar siquiera al salvamento parcial de la misma.

"Los peritos nombrados al ser inquiridos sobre este particular manifestaron que 'los daños fueron casi totales', que la nave en la fecha del accidente 'quedó completamente destrozada e inutilizada para ser reparada' o que después del accidente *'quedó destrozada e inutilizada para ser reparada'* (los restos reposan en el sitio del accidente).

"La suma concreta o *quántum* de los perjuicios por la pérdida de la nave, los peritos del segundo dictamen los determinaron en un total de $ 11.000.000.oo, como daño emergente, al que descontaron la suma de $ 7.600.000.oo, reconocida por la Compañía Nacional de Seguros, quedando como saldo de este daño el de $ 3.400.000.oo, al que se suma el causado por lucro cesante liquidado en $ 10.353.000.oo 'desde julio 17 de 1981 a febrero 28 de 1985, a razón de $ 238.000.oo mensuales', valor que deberá aumentarse 'de esta fecha en adelante', hasta cuando el pago se verifique.

"Como este dictamen pericial quedó en firme, por no haberse tramitado las objeciones que se le formularon por el demandante, en razón de los valores asignados que comercialmente resultaban superiores, debe ser aceptado por el honorable Consejo, por haberse practicado conforme a las reglas de la peritación señaladas en el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, y que por lo que dice al avalúo aparece claro, preciso y detallado, con explicación de los exámenes e investigaciones efectuadas.

"La liquidación además, no excede de los valores que se asignan en los artículos 1881 y concordantes del Código de Comercio y que son aplicables conforme al artículo 1817 de esa obra, que dice: 'Los explotadores de aeródromos, así como las personas o entidades que presten los servicios de infraestructura aeronáutica, son responsables de los daños que cause la operación de los aeródromos o la prestación de los servicios citados'.

"Por último cabe considerarse que en el presente proceso se han demandado los perjuicios ciertos y reales ocasionados al patrimonio de mi mandante, esto, es, el resarcimiento pleno de los perjuicios por la pérdida total de la aeronave, que excede del valor del seguro pagado por la Compañía Nacional de Seguros, el cual como es natural y equitativo fue deducido, tanto en la pretensión principal de la demanda, como en el dictamen de los peritos" (fls. 231 a 238).

III

Alegato presentado por el mandatario judicial del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil:

Obra a folios 239 y siguientes del cuaderno número 1, y en él se destacan los siguientes aspectos:

"Solicita el distinguido actor, se hagan las declaraciones y condenas sobre la responsabilidad civil del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, porque según 'el informe de accidente de aviación', en el caso del accidente sufrido por la aeronave HK-1078, tuvo como *causa probable* (subrayado nuestro) la falta de Torre de Control, teniendo en cuenta el alto tráfico que existe en la zona de Miraflores. Sin embargo este tipo de aeródromos, sin control de tránsito aéreo, está previsto no sólo en Colombia sino en todo el mundo.

"De acuerdo a los Reglamentos Aeronáuticos Parte VIII numeral 8.5.1. y el artículo 1847 del Código de Comercio, el objetivo de la investigación en los accidentes aéreos, es el establecer las *causas probables* (subrayado nuestro) con el fin de adoptar medidas tendientes a evitar su repetición.

"Se habla de causas probables, mas no determinantes. Además es de conocimiento de todas las Tripulaciones Aéreas que realizan vuelos a esta pista o a cualquier otra, las condiciones de las mismas, la falta de Torre de Control, ya que a través del Manual de Rutas Colombianas se señalan las facilidades aeroportuarias de los aeropuertos o pistas de origen, destino y alterno, lo mismo la ruta a seguir. El piloto es conocedor antes de emprender el vuelo el tipo de radioayudas que va a encontrar en la ruta y en el aeródromo o pista alternos, clases de comunicaciones, equipo de búsqueda y salvamento y facilidades aeroportuarias.

"Al realizar operación aérea VFR (operación visual) toda la responsabilidad es del Comandante de la aeronave, quien debe conservar determinadas condiciones para mantener el vuelo, por conocer con anterioridad las condiciones en que va a operar, lo mismo el explotador de quien es su representante. Todo lo anterior consagrado en el Código de Comercio y los Reglamentos Aeronáuticos.

"En la Parte VI, Capítulo 2 de la reglamentación citada, se indican los requisitos que debe cumplir un aeródromo clase 'E', clasificación dentro de la cual se encuentra el de Miraflores: '6.2.2.5. *Aeródromos Clase «E»*'.

"a) Pistas:

"1. La longitud básica de la pista al nivel del mar será por lo menos de 600 metros hasta 750 metros exclusive.

"2. La corrección por elevación y temperatura se verificará lo mismo que en los casos anteriores.

"3. La longitud verdadera de la pista se tendrá en cuenta en la misma forma que en los casos anteriores.

"4. El ancho de la pista principal no podrá ser menor de 18 metros.

"5. La pendiente obtenida al dividir la diferencia entre la elevación máxima y la mínima a lo largo del eje de la pista, por la longitud de esta, no deberá exceder del 2%.

"6. En ninguna parte de la pista, la pendiente longitudinal deberá exceder del 2%.

"7. Cuando no se pueda evitar un cambio de pendiente entre dos pendientes consecutivas, éste no deberá exceder del 2%.

"8. La transición de una pediente a otra deberá efectuarse por medio de una superficie curva con un grado de variación que no exceda del 0.4% por cada 30 metros (100 pies), radio mínimo de curvatura 7.500 metros (25.000 pies).

"9. Cuando no puedan evitarse los cambios de pendientes, estos deberán ser tales que desde cualquier punto situado a 2 metros (7 pies) sobre la pista, no se obstruya la visibilidad respecto a todos los demás puntos situados a 2 metros (7 pies) sobre la pista, dentro de una distancia igual por lo menos a la mitad de la longitud de la pista.

"10. A lo largo de una pista deberán evitarse ondulaciones o cambios de pendiente apreciable que estén muy próximos. Las distancias entre los puntos de intersección de 2 curvas sucesivas no deberá ser menor que la suma de los valores numéricos absolutos de los cambios de pediente correspondientes multiplicada por el valor que corresponde a 5.000 metros (16.500 pies).

"En todo caso, la distancia mínima entre dos cambios de pendiente sucesivos no deberá ser menor de 45 metros (150 pies).

"11. Para facilitar la rápida adecuación del agua, la pendiente transversal de las pistas deberá ser tan pronunciada como sea compatible con las características de manejo de los aviones para los que está prevista la pista, pero no deberá exceder del 2%.

"b) Franjas:

"1. La pista estará comprendida dentro de una franja que se extiende 30 metros más allá de sus extremos.

"2. El ancho de la franja será de 60 metros (30 metros de cada lado del eje de la pista).

"3. El ancho de la zona de parada será de 18 metros.

"4. Despeje y nivelación de la franja; la parte de la franja que comprende la pista debe proporcionar hasta una distancia por lo menos de 30 metros (100 pies) del eje, un área despejada y nivelada.

"c) Calles de rodaje:

"1. Cuando existan, su ancho mínimo será de 10 metros, la pendiente longitudinal máxima será del 3% y la transversal será del 2%.

"d) Plataformas:

"1. La distancia mínima del borde de la pista al borde de la plataforma será de 30 metros".

"Se desprende de la anterior norma, que el aeropuerto de Miraflores operaba sin Torre de Control de acuerdo a su clasificación y esa información la tenían los pilotos del avión accidentado de acuerdo al contenido del plan de vuelo que debían haber elaborado en el momento en que escogieron el citado aeródromo.

"A continuación se transcriben las normas relacionadas con el plan de vuelo, consagradas en la reglamentación aeronáutica:

"5.7.2.9. *Contenido del plan de vuelo.* El plan de vuelo contendrá información respecto a los datos siguientes:

"a) Tipo de plan de vuelo;

"b) Identificación de la aeronave, del piloto y del explotador;

"c) Categoría de vuelo;

"d) Número y tipo de aeronave;

"e) Identificación de radio y frecuencias;

"f) Ayudas para la navegación y aproximación;

"g) Radar secundario de vigilancia;

"h) Aeródromo de salida;

"i) Hora de salida;

"j) Horas previstas sobre los límites de la región de información de vuelo;

"k) Velocidad relativa verdadera;

"l) Nivel de crucero;

"m) Ruta que ha de seguirse;

"n) Aeródromo de aterrizaje previsto y hora prevista de llegada;

"o) Aeródromo alterno;

"p) Autonomía de la aeronave;

"q) Número total de personas a bordo;

"r) Equipo de emergencia y supervivencia;

"s) Datos adicionales.

"5.7.2.10. Para los efectos del plan de vuelo, se entenderá:

"a) En los planes de vuelo presentados durante el vuelo, la información suministrada respecto a este concepto será una iniciación del lugar de donde pueda obtenerse en caso necesario, la información suplementaria relativa al vuelo;

"b) En los planes de vuelo presentados durante el vuelo, la información que se ha de suministrar respecto a este concepto será la hora sobre el primer punto de la ruta a que se refiere el plan de vuelo;

"c) En este concepto la palabra 'nivel', excepto en la expresión 'nivel de vuelo', designa la posición vertical de una aeronave, independientemente de la referencia o de las unidades de distancia vertical utilizadas. En las comunicaciones aeroterrestres el nivel se expresará como 'altitudes', 'altura', o 'nivel de vuelo', de acuerdo con la referencia y el reglaje de altímetro que se utilice en una área determinada".

"Cuando no existe torre de control, se prevé en las normas aéreas la aproximación.

"5.5. *Prevención de colisiones.*

"5.5.1. *Proximidad.* Ninguna aeronave volará tan cerca de otra de modo que pueda ocasionar peligro de colisión.

"Las aeronaves volarán en formación únicamente cuando se haya convenido previamente y se haya autorizado.

"5.5.2. *Derecho de paso.* La aeronave que tenga el derecho de paso mantendrá su rumbo y velocidad, pero ninguna de estas reglas eximirá al piloto al mando de ella de la obligación de proceder en la forma más eficaz para evitar una colisión. Toda aeronave obligada por reglas siguientes a apartarse de la trayectoria de otra, evitará pasar por encima o por debajo de ella, o cruzar por delante, a menos que lo haga a suficiente distancia.

"5.5.3. *Aproximación de frente.* Cuando dos aeronaves se aproximen de frente, o casi de frente y haya peligro de colisión, ambas aeronaves alterarán su rumbo hacia la derecha.

"De lo anterior se concluye que la causa determinante no fue la falta de torre sino la interferencia imprudente del avión Satena HK-1130 quien por no mantener la escucha permanente en su equipo de radio, como era su obligación, no se enteró de la situación en que se encontraba el HK-1078.

"El propietario del aeródromo de Miraflores es el corregimiento de Miraflores (Guaviare) mas no el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil como lo da a entender el actor.

"No tiene asidero la aseveración del apoderado de la contraparte, al decir que por la carencia de instalaciones completas y servicios que componen la estructura aeronáutica y la falta total de los equipos de telecomunicaciones y ayudas a la navegación se ocasionó el accidente, ya que la pista de Miraflores estaba operando de 20 a 25 años antes del año de 1981 en que sucedió el accidente, durante este período no se produjeron accidentes de tales consecuencias de donde se observa que si la torre de control fuera tan determinante en la ocurrencia del accidente que nos ocupa, no se hubiera podido utilizar la pista durante 25 años prestando el servicio a una región que carece de otros medios de comunicación por quedar enclavada en plena selva, a excepción de la vía fluvial del Guaviare, que debido a la distancia o a las condiciones atmosféricas se ve muy limitada, motivo por el cual la operación de la pista señalada puede llegar hasta 15 vuelos en el día.

"Desde el punto de vista de la aviación civil en nuestro país existen pistas a todo lo largo del mismo, en las condiciones de la de Miraflores y con mayor operación que esta en muchos casos carentes también de torre de control.

"Sería lo ideal tener unos equipos de comunicación aire-tierra para el tráfico aéreo pero existen restricciones a la inversión que legalmente puede realizar el Fondo Aeronáutico Nacional en infraestructura aeronáutica en sitios que no son propiedad del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. La magnitud de la inversión en este aspecto, por lo costoso de los equipos al tener que importarlos por no existir producción nacional debido a la tecnología y los altos costos y por tener el Estado otras prioridades no se han podido instalar todas las torres de control deseadas.

"Son muy claras y precisas las respuestas dadas por el mayor (r) Julio Otálora Merchán Director General de Operaciones Aéreas, en la diligencia de testimonio, persona versada en la materia no sólo por su profesión (piloto de la FAC) sino por el cargo que desempeña, para concluir que no fue la falta de torre de control lo que produjo el accidente, pues si así fuera no podría realizarse ninguna clase de operación aérea en tal pista y menos desde el tiempo en que se viene haciendo.

"La segunda *causa probable* (subrayado nuestro) que se encuentra en el informe de la investigación del accidente es factor personal.

"El piloto del avión de Satena FAC 1130 al no llevar la frecuencia requerida para haberse enterado de la emergencia en que se hallaba la aeronave HK-1078, procedió a sobrepasar la aeronave y aterrizó por la cabecera 02, hallándose rodando por la pista cuando intentaba aterrizar el avión del motor 2 perfilado que al intentar virar para enfrentar la pista entró en pérdida precipitándose a tierra.

"Queda claro que el motivo determinante del accidente fue la conducta imprudente del comandante del avión HK-1130 perteneciente a la empresa Satena.

"Por lo anterior se debe tener en cuenta la responsabilidad establecida en los artículos 1841 y 1842 del Código de Comercio que reza:

"'*Artículo 1841*. Se entiende por abordaje toda colisión o interferencia entre dos o más aeronaves en vuelo o sobre la superficie.

"'*Artículo 1842.* El explotador que cause un abordaje será responsable de la muerte, lesiones o retrasos causados a personas a bordo de otras aeronaves y de la destrucción, pérdida, daños, retrasos o perjuicios a dichas aeronaves y a los bienes a bordo de las mismas, de conformidad con los artículos 1834 y 1839'.

"Por lo expuesto solicito comedidamente se rechacen las peticiones formuladas en la demanda y se absuelva a la Nación, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil" (fls. 239 a 249).

IV

Vista fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza rindió su concepto de ley, visible a folios 251 del cuaderno en antes citado, y bajo el rubro *"consideraciones"*, destaca:

"Estudiado el acervo probatorio que obra en el expediente, este Despacho encuentra lo siguiente:

"a) El actor deriva su legitimación para obrar en el proceso de su calidad de propietario de la nave accidentada, que acredita con la copia de la escritura pública número 1836 de 14 de agosto de 1969 de la Notaría Primera de Barranquilla y con el documento en el que consta la promesa de compraventa suscrito con la señora Bertha Loaiza Ortiz. Los documentos mencionados no cumplen con los requisitos de ley para demostrar la calidad de propietario del demandante, toda vez que las copias de la escritura pública número 1836 que obran a los folios 193 y siguientes del cuaderno 1 se encuentran sin autenticar por lo cual no pueden considerarse como prueba idónea dentro del plenario. Por otra parte la promesa de compraventa de la aeronave tampoco es documento idóneo para demostrar la propiedad de la aeronave, por cuanto el artículo 1427 del Código de Comercio establece que los actos o contratos que afecten el dominio o que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre aeronaves se perfeccionan por escritura pública, de tal manera que siendo la propiedad un derecho real, esta debe demostrarse con la escritura pública correspondiente. En conclusión no se encuentra acreditada la legitimación activa para obrar en el presente proceso;

"b) Se solicita en la demanda que se declare la responsabilidad de la Nación —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil— y en consecuencia se le condene al pago del saldo del resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el accidente de la aeronave HK 1078 ... que la compañía aseguradora Compañía Nacional de Seguros de Bogotá y a la cual estaba asegurada la nave, canceló por indemnización la cantidad de $ 7.600.000.oo y el actor considera que los perjuicios ascienden en su totalidad a la cantidad de $ 15.000.000.oo.

"Instaurada la acción de reparación directa tendiente a la declaración de responsabilidad y en consecuencia a la condena al pago de los perjuicios, deben comparecer al proceso todas las personas en quienes concurra la legitimación para obrar y en consecuencia tengan un interés directo en la decisión de fondo; tal es el caso de quien se presenta en calidad de dueño de la aeronave y de la Compañía Aseguradora que al pagar la indemnización debida en razón del contrato de

seguro que amparaba la aeronave, se subrogó por ministerio de la Ley, artículo 1096 del Código de Comercio hasta concurrencia de su importe en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro.

"Se entiende entonces que tanto el demandante como la Compañía Aseguradora tienen un interés común en la relación jurídica, por lo cual la sentencia pronunciada respecto de una sola de ellas puede afectar los intereses de la otra, toda vez que la decisión debe ser única y los efectos deben alcanzar a todas las partes que estén legitimadas para actuar en la misma acción. En este orden de ideas la Compañía Aseguradora ha debido ser llamada al proceso en calidad de litis consorcio necesario al tenor del artículo 51 del Código de Procedimiento Civil que regula esta figura y como lo dijo la Sala en sentencia de mayo 22 de 1984, expediente número 1871, Consejero Ponente doctor Betancur Jaramillo.

"La ausencia en el proceso de litis consorcio necesario Compañía Nacional de Seguros de Bogotá D. E., conduce a un fallo inhibitorio;

"c) Si la honorable Sala considera procedente entrar a estudiar el fondo del asunto, esta Fiscalía encuentra que las peticiones de la demanda deben ser negadas por las siguientes razones:

"El informe sobre la ocurrencia del accidente de la aeronave HK-1078 presentado por las autoridades de la Aeronáutica Civil (fl. 23, cuaderno 1) establece que la mencionada aeronave despegó del aeropuerto de Vanguardia de Villavicencio con destino a la pista de Miraflores (Guaviare) para un vuelo de una hora y treinta minutos aproximadamente. Seis minutos antes del estimado de llegada a su destino, el HK-1078 informó que se hallaba con el motor número 2 apagado y hélice en posición bandera, esto debido a un fuerte escape de aceite de la manguera que llega al gobernador de la hélice.

"A la misma hora despegó de San José de Guaviare la aeronave Satena FAC 1130 con destino Miraflores, estimando un tiempo de arribo igual al estimado por la aeronave HK-1078; el contralor de SJDG le informó al Satena 1130 de esta novedad y éste contestó enterado. Cerca al destino o sea Miraflores el Satena 1130 pasó al HK-1078; considerando la falla y teniendo que volar con un solo motor, el HK-1078 solicitó a la torre de control de San José del Guaviare que le despejara el área y la pista, el contralor de SJDG alertó a todas las aeronaves que volaban en el área y le pidió al piloto de otra aeronave, la HK-2274 que en frecuencia HF-5526.5 alertara a todas las aeronaves próximas a la estación; así lo hizo y obtuvo respuesta de dos aviones más que volaban por la zona. El HK-1078 entonces procedió al aterrizaje por la cabecera 02 pero se encontró con que la aeronave 1130 también estaba aterrizando por la misma pista; afirman los pasajeros sobrevivientes del HK-1078 que el piloto llamó en frecuencia HF-5626 y frecuencia VHF-118.1 al Satena 1130 para pedirle que necesitaban la pista libre pues llevaban un motor embanderado, pero como no recibieron respuesta, el comandante aplicando potencia al motor número 1 procedió a aterrizar por la cabecera contraria; pero debido a la baja

altura y al peso con que volaba, la aeronave no sostuvo la altura; la tripulación trató de poner el motor apagado en marcha sin lograrlo, esto hizo que la aeronave perdiera velocidad y altura y fue en ese momento cuando se precipitó a tierra.

"Se concluye de este informe que realmente la causa principal del accidente fue la falla mecánica de la nave accidentada y la conducta de la tripulación de la aeronave de Satena, quienes no obstante la solicitud que hicieron tanto el contralor de SJDG como el comandante de la nave HK 2274 para que despejara el área y la pista de Miraflores debido a la emergencia en que volaba el HK 1078, no lo hizo. El mismo informe indica que los empleados encargados del control del aeropuerto, oportunamente dieron aviso de la emergencia del HK-1078 pero el piloto de Satena no se enteró por no mantener la sintonía del equipo de radio como era su obligación.

"Se presenta en el caso analizado una falla mecánica de la nave y una falla humana, como causas del accidente, que exonera de responsabilidad a la Aeronáutica Civil.

"Estas razones son suficientes para concluir que en caso de analizarse el fondo del asunto planteado en la demanda y como no se demostraron los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad del ente demandado, se deberán negar las súplicas de la demanda" (fl. 253 a 256).

V

Consideraciones de la Sala:

A) Para que se profiera sentencia de fondo es menester, como lo tiene establecido la ley, la jurisprudencia y la doctrina, que el demandante acredite la existencia de un interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual. En el *sub lite* la existencia del mismo, en la parte actora, no se demostró, por las siguientes razones, como pasa a explicarse:

Primera: A la luz de lo preceptuado en el artículo 1427 del Código de Comercio, "los actos o contratos que afecten el dominio o que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre naves mayores o sobre aeronaves se perfeccionan por escritura pública. La respectiva escritura sólo se inscribirá en la capitanía del puerto de matrícula o en el registro aeronáutico nacional, según el caso.

La tradición se efectuará mediante dicha inscripción acompañada de la entrega material".

Estudiado el acervo probatorio, la Sala encuentra que para acreditar el dominio de la nave HK 1078, Douglas C-47-A, se aportó sólo una fotocopia sin autenticar de la escritura número 1836 de treinta (30) de agosto de mil novecientos setenta y ocho (1978), pasada ante el señor Notario Primero del Círculo de Barranquilla, en la cual consta que el señor Jorge Solano Recio, en su calidad de Gerente de la sociedad Aerosucre Limitada, vendió a favor de los señores Carlos José Sánchez Santamaría y Bertha Loaiza Ortiz, por iguales partes, "los restos de la aeronave HK 1078, Mara Douglas, Modelo C-47-A, número de serie 42-24022, por la suma de ciento cincuenta mil pesos moneda

corriente ($ 150.000.oo) (cuaderno Nº 1, fls. 195 y ss.). Sin embargo, tal documento no se puede apreciar, habida consideración de que los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil mandan que los documentos sólo pueden aportarse al proceso en originales o en copias pero para que estas tengan valor probatorio, se requiere que "... hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público en cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica...", requisito que brilla por su ausencia en el caso en comento.

El certificado de matrícula que en fotocopia obra al folio 2 del cuaderno número 1 también adolece de la misma falla que se deja anotada en el literal anterior, pues en el sello que se estampó en ella sólo se lee: "Las anteriores fotocopias son fieles a los ejemplares que reposan en el proceso número 3871 de conformidad con lo ordenado en auto de fecha junio 17 de 1983", ignorando el sentenciador si se tomó del original o de una fotocopia debidamente autenticada. Agrégase a lo anterior que ese documento sólo sirve para acreditar la nacionalidad de la nave, como lo preceptúa el inciso final del artículo 1441 del Código de Comercio, y también la tradición del dominio, pero este último evento demanda que se integre la prueba con la escritura pública correspondiente, como se anotó en antes;

B) Si no se acreditó en legal forma la propiedad de la aeronave fluye con claridad meridiana la falta de interés sustancial en la parte actora para tener derecho a que se profiera sentencia de fondo. Por ello la decisión será inhibitoria.

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 *Inhíbese* para decidir en el fondo sobre las pretensiones de la parte actora, por las razones expuestas en los considerandos de la presente providencia.

2º Se condena en costas a la parte actora. Tásense por la Secretaría.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Julio César Uribe Acosta, Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONFIANZA. DEFRAUDADA EN NEGOCIO JURIDICO.—

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. FACULTADES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACION.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INCUMPLIMIENTO.

1º Responsabilidad contractual.

2º Conducta culposa del acreedor, como factor exonerante de responsabilidad para el deudor.

3º Elementos axiológicos de la acción indemnizatoria de perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación.

4º Cuando se presume la culpa del deudor DOLO Y MORA.

(Art. 1604 del C. C.) (Reiteración jurisprudencial de sentencia de mayo 11 de 1970. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Ospina Fernández. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia).

5º PERJUICIOS OCASIONADOS POR INCUMPLIMIENTO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., doce de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Colaboró: Doctor *Fernando Ospina Henao.*

Radicación número 4774. Apelación sentencia. Actor: Distribuidora de Licores de Córdoba. Demandado: Departamento de Antioquia.

I

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado de la parte actora como por el procurador judicial del demandado, contra la sentencia proferida por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia el día treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), dentro del negocio del rubro. Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe en lo pertinente el texto del referido proveído. Allí se lee:

"La sociedad mercantil de hecho denominada 'Distribuidora de Licores de Córdoba', en ejercicio de la acción indemnizatoria y por medio de apoderado idóneo, instauró demanda en contra del Departamento de Antioquia para que se hagan las siguientes declaraciones:

"*Primero.* Que el Departamento de Antioquia incumplió en su totalidad el contrato de distribución exclusiva de los licores que produce en su Fábrica de Licores en el territorio del Departamento de Córdoba, celebrado el doce (12) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975) con la sociedad mercantil de hecho denominada 'Distribuidora de Licores de Córdoba' y licitado, adjudicado y conformado como queda dicho en los hechos de esta demanda; y que por ello el demandado incurrió en culpa contractual.

"*Segundo.* Que como consecuencia de ese incumplimiento del contrato, el Departamento de Antioquia ha de indemnizar a la citada sociedad mercantil de hecho y, por consiguiente, a sus integrantes solidarios, los perjuicios que por su incumplimiento ocasionó, indemnización que comprende el daño emergente y el lucro cesante, en cuantía que estimo en veinticuatro millones trescientos ochenta y ocho mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos ($ 24.388.844.oo) o en la suma mayor o menor que sea probada y pericialmente tasada en el juicio, en todo caso con intereses a la rata moratoria que en el mismo proceso sea regulada.

"*Tercero.* Que como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte de la entidad oficial demandada, la sociedad mercantil de hecho nombrada y, por ello, sus integrantes quedan relevados del cumplimiento de las obligaciones que en el contrato que origina la demanda contrajeron.

"*Cuarto.* Que el Departamento demandado ha de cumplir la sentencia en el término que señale el fallo conforme a lo prescrito por la ley".

En apoyo de sus pretensiones narra, textualmente, los siguientes hechos:

"*Primero.* El Departamento de Antioquia es una entidad territorial dotada de autonomía de patrimonio y de administración y de personería jurídica de derecho público y representada por su Gobernador, cargo éste que al momento de introducir la demanda tiene como titular al doctor Jaime Sierra García.

"*Segundo.* En ejercicio de dichas autonomías de patrimonio y administración, el Departamento de Antioquia creó y tiene en funcionamiento una Fábrica de Licores, cuyos productos vende, fuera de este Departamento, en territorios de otros Departamentos, entre estos el de Córdoba, mediante contrato de distribución.

"*Tercero.* Las ventas de productos destilados de Fábrica de Licores de Antioquia en otros Departamentos son hechas en desarrollo de acuerdos de intercambios o convenios de comercialización exclusiva, monopolizada, tutelada o intervenida, según los casos, que a nivel oficial son realizados de una a otra entidades oficiales regionales, y que finalmente se traducen en contratos comerciales-administrativos de distribución.

"*Cuarto.* En desenvolvimiento de ese sistema el Departamento de Antioquia ha realizado desde hace muchos años el comercio de sus licores en el territorio del Departamento de Córdoba, lo que ha efectuado aquél por vía de contratos de concesión de la distribución exclu-

siva de dichos licores y alcoholes en ese Departamento, periódicamente renovados y en todo caso adjudicados por el sistema de licitación pública.

"*Quinto.* Fue así como en el mes de marzo de 1975 el Departamento de Antioquia sacó a licitación el contrato de distribución exclusiva de sus licores y alcoholes en el territorio del Departamento de Córdoba, de acuerdo con el pliego de cargos que para el efecto repartió, en el que, entre otras bases importantes, quedó condicionado que el Departamento fijaba al distribuidor una cuota mínima de 68.000 botellas por mes un promedio mensual de 102.000 botellas de 750 cc. con incremento anual mínimo del diez por ciento (10%); que el pago de las compras se haría en un 60% de contado a la entrega de la mercancía y el 40% restante de los sesenta días siguientes, respaldados con garantía bancaria y con intereses anticipados del 24% anual; que el distribuidor debía destinar a ese efecto un patrimonio mínimo equivalente a dos (2) veces las ventas mínimas mensuales y, más concretamente, que no podría ser inferior a $ 2.040.000.oo dicho capital; que el distribuidor indicaría los municipios —donde habría de tener o abrir nuevas agencias—, la zonificación del territorio, los subdistribuidores, agentes y demás datos relativos a los medios que emplearía para atender el territorio adjudicado; que solamente podría esa empresa distribuir licores del Departamento de Antioquia y extranjeros debidamente legalizados; que para garantizar la seriedad de la propuesta debía constituir fianza bancaria o garantía prendaria de $ 150.000.oo durante 60 días contados desde el cierre de la licitación; que el licitante debía iniciar operaciones, en caso de adjudicación una vez legalizado el contrato respectivo; que el licitante debía aceptar los convenios 'que se celebren entre el Departamento de Antioquia y Córdoba'; que no se considerarían ofertas de los distribuidores de entonces; que los precios de compra y venta de los licores serían fijados por el Departamento de Antioquia; y que la lista de precios inicial era: $ 19.oo por botella de 750 cc. de Aguardiente; $ 34.oo por botella de Ron Medellín, etc., para la compra a efectuar por el Distribuidor.

"*Sexto.* Los señores doctor Gabriel Abisaad Janna, don Alfredo Mora de la Hoz, don Armando Mora de la Hoz, don Jairo García Montoya la firma Antonio Jaller & Cía. S. C. se asociaron en compañía mercantil de hecho y debidamente organizados, aportaron el capital requerido para participar en la licitación y tomar opción en la adjudicación del referido contrato de distribución.

"*Séptimo.* Con base en estudios y datos estadísticos, la sociedad mercantil de hecho ahora demandante, demostró en la propuesta que para el efecto preparó y presentó, que el mercado de los licores de Antioquia, que desde hacía varios años venía siendo explotado por la firma John Restrepo A. y Cía., había decaído sensiblemente al extremo de que en el año de 1974 había llegado a su más bajo nivel desde 1970, en tanto que dichos licitantes garantizaban subir el promedio de 82.200 botellas que presentaba el promedio de 1974, a 127.400 botellas en 1975, para alcanzar 168.486 botellas en 1978. Y sobre esas bases presentó su oferta el 24 de abril de 1975, en oportunidad.

"*Octavo.* Establecido por la honorable Junta de Rentas Departamentales que la citada sociedad de hecho mercantil llenaba los requi-

sitos condicionados en los pliegos y que su propuesta era la mejor, el 11 de junio de 1975 fue notificada por el señor Secretario de la Junta de que mediante Acta número 1679 correspondiente a la sesión del 10 del mismo mes, les había sido adjudicado el contrato de distribución de los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, con sujeción al pliego de cargos y a la oferta que formularon, para el territorio del Departamento de Córdoba.

"*Noveno.* Por virtud de esa adjudicación, el 12 de junio de 1975 fue suscrito entre la referida sociedad de hecho y sus integrantes como solidariamente obligados, de una parte, y el Departamento de Antioquia, de la otra el correspondiente documento de contrato, sobre texto unilateralmente redactado por el Departamento, con una duración de tres (3) años, plazo que se entendería 'prorrogado hasta cuando se suscriba y se empiece a ejecutar otro convenio para el territorio asignado a El Contratista o hasta cuando el Departamento —Fábrica de Licores— declare extinguida la prórroga'.

"*Décimo.* Sometido el contrato a la revisión del honorable Tribunal Admnistrativo de Antioquia, recibió su aprobación; y hecha la publicación en la Gaceta Departamental y la refrendación por la Contraloría General del Departamento y la Secretaría de Hacienda, la sociedad de hecho adjudicataria, que por razón de la misma licitación había tenido que hacer fuertes erogaciones en preparación del contrato para el caso de la adjudicación, dio todos los pasos conducentes para la iniciación inmediata de la distribución conforme estaba dispuesto en los pliegos y en el contrato.

"*Undécimo.* Dicho contrato estipula en su cláusula sexta que el Contratista quedaba por él obligado a comprar mensualmente un mínimo de 86.770 botellas de 750 cc., o su equivalente, distribuidos así: Aguardiente, 73.500 unidades; Ron Medellín, 11.900 unidades; Ron Antioquia, 300 unidades; Ginebra Katía, 50 unidades, crema de café, 10 unidades; Crema de Menta, 10 unidades, Alcohol de doble uso, 1.000 unidades; miniaturas, 200 unidades. Y expresa que asimismo (sic) se obligaba el contratistas a comprar un *promedio mensual de 127.400* botellas de 750 cc. o su equivalente, *durante el primer año,* con *incrementos anuales del 15%*; y, en consecuencia, durante el *segundo año* ese mínimo se elevaría a *146.510 botellas* de 750 cc. o su equivalente, y durante el *tercer año,* las compras de unidades de 750 cc. o su equivalente, ascenderían a *168.486* botellas como mínimo.

"*Duodécimo.* La operación contratada estaba prevista para una utilidad neta (esto es una vez cubiertos el costo de compra, los gastos de transporte, propaganda, distribución, etc.), de *cinco pesos ($ 5.oo)* en promedio por botella de 750 cc. y proporcionalmente para las otras unidades. De forma que sobre el promedio mínimo mensual garantizado en la propuesta y contratado, de 127.400 unidades de 750 cc. para el primer año, el de 146.510 botellas para el segundo año y el de 168.486 botellas para el tercer año, que sumaba unas ventas totales mínimas garantizadas de *1.528.880* unidades de 750 cc. para el primer año, *1.758.800* unidades id, para el segundo año y de *2.021.832* unidades id para el tercer año, resultaba un gran total garantizado de *5.308.632* unidades id en los tres años del contrato, cantidad que con una utilidad neta castigaba con los mayores riesgos previsibles y estimada muy

por debajo de su posibilidad real atrás anotada, de $ 4.50 por unidad promedia, arrojaría una utilidad neta de $ 23.888.844.oo para las ventas mínimas garantizadas en los tres años.

"*Décimo tercero.* Por otra parte, el grupo social de hecho demandante hubo de hacer erogaciones para obtener la adjudicación en primer término y luego para aprestarse al cumplimiento del contrato una vez adjudicado, de $ 550.000.oo.

"*Décimo cuarto.* Pero vino a resultar que, presumiblemente por presiones del anterior distribuidor, el Departamento de Córdoba dio en poner trabas al de Antioquia para el contrato de distribución, en una sucesión de manifestaciones y advertencias que eran ampliamente conocidas por el Departamento contratante cuando preparó, tramitó y culminó la adjudicación del contrato de distribución. Y así llegó el Departamento de Antioquia al contrato con mi mandato, a sabiendas de los inconvenientes que habían surgido para su ejecución por parte del Departamento de Córdoba, en situación que dejó avanzar y que hasta la fecha de la presentación de esta demanda no ha sido superada para que el contrato adjudicado pueda entrar en plena operación.

"*Décimo quinto.* Pero ni siquiera definió la situación el Departamento al Contratista, sino que dio en hacer renovados anuncios de pronta solución, tendientes a la iniciación de la distribución contratada, con lo que aumentó el perjuicio de los contratistas distribuidores, que se vieron obligados a sostener una organización empresarial dispuesta en cualquier momento para el inicio de las operaciones, con todos sus elevados costos, incluidos arrendamientos, sueldos, registro de Cámara de Comercio, teléfonos, Telecom, gastos bancarios, impuesto de timbre, servicios públicos, honorarios de abogado etc., ya que incluso se vio forzado a defender ante ese honorable Tribunal el contrato, que por la firma John Restrepo A. y Cía. Ltda., había sido impugnado.

"*Décimo sexto.* En su propósito de dar de todos modos cumplimiento al contrato, la Distribuidora procedió, cumpliendo las órdenes del Departamento de Antioquia contenidas en el Oficio número 2615 de 14 de agosto de 1975, a entrar en contacto con los representantes de la citada firma anterior distribuidora, con el objeto de verificar las existencias, organizar su traslado a los nuevos depósitos y orientar las ventas en el menor tiempo posible, ya que en el Oficio citado se recordaba al nuevo Contratista que el contrato había tomado vigencia *a partir del día 8 de agosto de 1975.*

"*Décimo séptimo.* No obstante las dificultades de todo orden encontradas para dicha entrega, el 4 de septiembre de 1975 fue hecho un pedido de 5.000 botellas de aguardiente de 375 cc., el cual fue enviado por conducto de Transportes Comercial Ganadera Ltda. a Montería, pero al llegar el cargamento a dicha ciudad fue decomisado por orden del Gobierno Departamental.

"*Décimo octavo.* El significativo contraste de esta situación el hecho de que, mientras la firma John Restrepo A. & Cía. demandó y obstaculizó por todos los medios a su alcance el contrato que con la firma que represento fue celebrado, y al fracasar en ello procuró

convertirse en contratista distribuidor de los licores de Antioquia en el Departamento de Córdoba por cuenta de esta entidad, para así forzar la continuación del negocio que durante tantos años usufructuó, el Departamento de Antioquia le adjudicó el contrato de distribución de licores en otros Departamentos, incluso de mayor mercado que el de Córdoba.

"*Décimo noveno.* En resumen, cumplidos todos los trámites de rigor, la firma mercantil que apersono asumió en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover y explotar el negocio de distribución de los licores y alcoholes de Antioquia dentro de todo el territorio del Departamento de Córdoba, como agente del Departamento de Antioquia en su Fábrica de Licores, a título de distribuidor de todos sus productos industriales, por el precio de compra señalado en el contrato y el de venta dispuesto por el mismo Departamento, de manera que el Distribuidor asumió, a más del costo directo de compra, el de transporte y reparto en el mercado, con sus riesgos de ruptura, incendio, robo, saqueo, destrucción, etc., y ajustado a las alzas que pudiese decretar el Departamento a su voluntad. Pero éste incumplió en su totalidad el contrato.

"*Vigésimo.* Con todo, no ha dado por terminado el Departamento de Antioquia el contrato que origina esta demanda, ni han dado motivo mis representados para que ello ocurra, porque no sólo han cumplido estos a cabalidad sus obligaciones en cuanto les ha sido dado hacerlo, sino que han esperado pacientemente que (que) (sic) el Departamento contratante les abra la posibilidad de operar a plenitud en su desarrollo y han procurado con diligencia y en todo cuanto ha estado a su alcance, que sean superados los obstáculos que estorban la realización del contrato y que son por entero ajenos a la voluntad del demandante".

Normas violadas y concepto de violación:

"La demandante se limita a enumerar las normas constitucionales y legales que le sirven de sustento jurídico a sus pretensiones, así: Artículos 5º, 181, 182, 184 y concordantes de la Ley 4ª de 1913; 1495 y siguientes, 1757 y siguientes, 1849 y siguientes, 1880 y siguientes del Código Civil; 498 y siguientes, 1317 y siguientes, en concordancia con el Capítulo I a IV del Título XIII del libro 4º del Código de Comercio, así como los artículos 14, 31, 72 y siguientes, 120 y siguientes de la Ordenanza número 36 de 1974 (Código Fiscal de Antioquia).

"En cumplimiento del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, debió la actora expresar el concepto de violación de aquellas normas; sin embargo, dicha omisión no constituye obstáculo, pues, como lo ha dicho el Consejo de Estado, esa formalidad es sólo indispensable cuando se trata del ejercicio de la acción de simple nulidad o la de plena jurisdicción en donde el fallador debe confrontar el acto acusado con las disposiciones que el libelista cita como infringidas (Expediente 2402, Auto de noviembre 9 de 1978).

"El apoderado de la parte demandante presentó un extenso e interesante memorial de conclusiones (fl. 305), en el cual estudia los aspectos relacionados con la existencia de la sociedad de hecho, y luego con el contrato de distribución de licores suscrito con el Depar-

tamento, sus características, presupuestos (fls. 211 y ss.), y el porqué en su concepto la administración es responsable frente a la demandante por los perjuicios surgidos al no haber sido posible el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Dice el libelista:

"Observen los honorables Magistrados el panorama general del problema y verán con la claridad requerida, que la sociedad de hecho demandante cumplió sus obligaciones y que fue solamente cuando sobrevino una sucesión de trabas, enredos y martingalas urdidos por el anterior contratista y manipulados por la acción del Gobernador de Córdoba y la omisión del Gobernador de Antioquia, en el inciso mismo del contrato de los demandantes, cuando éste hubo de cesar en su operación. Pero esa cadena de estorbos, tramas y espiques que aquí abundaron, toma un carácter culpable y configura el hecho de la Administración al que es imputable el daño del contrato mismo. Porque no cabe sino esta disyuntiva: O el Departamento de Antioquia sacó el contrato a licitación y lo adjudicó a sabiendas de que se hacía imposible su ejecución por las trabas impuestas por el Departamento de Córdoba, y debe responder por el daño ocasionado al contratista por ese hecho que como intencional o, al menos, de culpa grave debe ser calificado; o confió imprudentemente en su habilidad para salvar las dificultades surgidas y presionó el contrato y lo llevó a cabo como una manera de romper los obstáculos en cuestión, y en este evento debe también hacerse responsable de su culpa que no menosgrave pero en ningún caso inferior a leve, lleva en su quehacer contractual. Esto sin considerar que durante algunos meses del año de 1975 fueron adelantadas gestiones por el gobierno de Antioquia para resolver el problema con el de Córdoba, para caer luego en el abandono del mismo hasta cuando, reanudadas las gestiones por el Gobernador Uribe Echavarría, sin mayor dificultad obtuvo la reapertura del mercado materia del contrato, pero ya no para asegurar el cumplimiento de éste y su desarrollo normal sino para darlo a un nuevo distribuidor".

"Más adelante analiza el concepto del incumplimiento y los presupuestos que conforman la responsabilidad de la administración".

Oposición de la entidad demandada:

"El Departamento de Antioquia concurrió al proceso a través de mandatario especial, quien presentó también extenso estudio de conclusiones en el cual analiza con base en la prueba aportada, los diferentes incidentes que ocurrieron la adjudicación del contrato para la distribución de licores en el Departamento de Córdoba, el comportamiento observado por el ente público contratante y la conducta que guardó la sociedad de hecho Distribuidora de Licores de Córdoba, como adjudicataria del contrato; se estudian las cláusulas pactadas, el contenido de las obligaciones y la relación jurídico legal en materia de responsabilidad contractual. Como conclusión ofrece el siguiente resumen:

"1. El contrato entre el Departamento de Antioquia y la Distribuidora de Licores de Córdoba es de aquellos que, por serlo con la Administración pública, estuvo precedido de un lapso preparatorio bastante amplio (pliego de cargos, período de licitación y adjudicación, etc.), antes de firmarse por los adjudicatarios.

"2. Después de firmado, el contrato debía pasar al Tribunal Administrativo para su aprobación o improbación sin que pudiera ponerse en vigencia efectiva antes de ser aprobado. El trámite correspondiente duró cerca de dos meses.

"3. Ello implica que el *período precontractual*, por sus características y por la calidad del contrato mismo, fue particularmente propicio para que los adjudicatarios agotaran su diligencia en averiguar las circunstancias todas del mercado de licores en la zona territorial donde habían de distribuirse, sus posibilidades y tropiezos de todo orden, la oposición o la benevolencia de las autoridades locales para aceptar a los mismos adjudicatarios, etc., etc.

"4. Esta diligencia, fuera de ser aplicable por toda persona en guarda de sus propios intereses, era obligatoria para los socios de la Distribuidora de Licores de Córdoba frente al Departamento de Antioquia, en virtud del principio de la *buena fe exenta de culpa* con que la ley grava a todo contratante para el período precontractual (art. 863 del C. de Co.).

"5. A mayor abundamiento, el término aludido bajo el número 2, supuso un lapso adicional para información y diligencia de los adjudicatarios, máxime si se tiene en cuenta que ellos fueron advertidos por comunicación escrita de la Fábrica de Licores de Antioquia, en el sentido de que la efectividad del contrato o de la adjudicación requería, el que los mismos adjudicatarios procedieran a entenderse con las autoridades del Departamento de Córdoba. Dispusieron, pues, los socios de la Distribuidora de un término adicional amplio para informarse de los puntos de vista de las autoridades de Córdoba, dialogar con ellas e intentar persuadirlas de la bondad o utilidad de lo pactado. Todo ello, si es que con anterioridad no lo habían hecho, como han debido hacerlo, conforme a lo advertido atrás.

"6. Otros factores de conocimiento por parte de los adjudicatarios, acerca del necesario entendimiento previo con dichas autoridades, fueron analizados en los capítulos correspondientes, y en gracia de la brevedad no se amplían ahora.

"7. En resumen: Los adjudicatarios del contrato de distribución, *o sabían* de la actitud negativa de las autoridades de Córdoba, *o no lo sabían*. Si lo primero, resulta evidente que pactaron *a sabiendas*, dispuestos a correr con los riesgos de no lograr que dichas autoridades se allanaran. Si lo segundo, esa ignorancia habría sido fruto de un comportamiento *negligente* es decir, de su falta de la *diligencia* a que estaban obligados por ministerio de lo dispuesto en el artículo 863 del Código de Comercio o sea, habrían contratado *debiendo saber* las circunstancias desfavorables y los riesgos que se corrían.

"8. Las partes contrataron, de consiguiente, *conociendo o debiendo conocer* la 'probable contingencia de imposibilidad de pagar' como advierte la exégesis de Uribe Holguín antes citada; en otros términos, sabiendo o debiendo saber como *probable* la existencia de las autoridades de Córdoba o sea corriendo el riesgo de que el contrato llegara a ser inefectivo, riesgo corrido voluntariamente.

"9. Las consecuencias de lo anterior son las anotadas por el mismo Magistrado: El contrato o acuerdo de voluntades se formó 'en condiciones de regularidad y equidad'.

"10. La parte demandante no ha comprobado en el proceso, la diligencia con que debía actuar, tanto en el período precontractual como en el período posterior de vigencia del contrato.

"11. El Departamento de Antioquia en ningún momento incumplió las obligaciones originadas en lo que se estipuló dentro del contrato. En todo tiempo, sus autoridades estuvieron listas a atender al suministro de licores, en las condiciones pactadas, y a satisfacer las demás prestaciones contractuales del caso.

"12. En cuanto a las obligaciones que nacen de lo previsto en normas como los artículos 1603 del Código Civil, 871 del Código de Comercio y concordantes, se demostró ampliamente la suma diligencia con que las autoridades de Antioquia trataron de obtener el allanamiento de las del Departamento de Córdoba.

"13. Las obligaciones contraídas por el Departamento de Antioquia frente a la Distribuidora de Licores de Córdoba no constituyen obligaciones de aquellas que los civilistas llaman *de medio*, sino *de resultado*.

"14. La imposibilidad en que se halló el Departamento de Antioquia para obtener, no obstante sus diligentes gestiones con las autoridades de Córdoba, el allanamiento o asentimiento de estas; implica *fuerza mayor* o *caso* fortuito, conforme a la autorizada exégesis del doctor Ricardo Uribe Holguín aludida.

"15. Esta causal de extinción de las obligaciones no ocurrió por el fenómeno de la culpa *incontrahendo*, que da lugar a una acción especial distinta de la ejercitada en la demanda, ni por negligencia habida durante el tiempo en que el contrato respectivo pudo considerarse vigente.

"16. En el contrato correspondiente, el Departamento de Antioquia no se obligó a responder por el hecho de un tercero, vale decir no estipuló que respondería del allanamiento o aceptación del Departamento de Córdoba, respecto a lo pactado con la Distribuidora de Licores de Córdoba. Esta responsabilidad especial, que pudo pactarse lícitamente por Antioquia, y no se pactó, implicaría posiciones distintas, desde el punto de vista procesal, de los demandante y la entidad demandada".

Además destacó la ilegitimidad de la personería de la parte demandante.

Concepto de la Fiscalía:

"El señor Fiscal Primero del Tribunal en su concepto de rigor (fls. 236 y ss.) también anotó la ilegitimidad de la personería de la parte demandante, al considerar que quien aparecía otorgando el poder en nombre de ella, no estaba facultado por los integrantes de la sociedad de hecho circunstancia suficiente para que se declare la nulidad de lo actuado, pero que si se llega a fallar de fondo, el resul-

tado debe ser adverso para la parte demandante porque el Departamento cumplió a cabalidad el contrato, y no se obligó a obtener del Departamento de Córdoba la autorización para la introducción y distribución de licores en ese territorio, y además llevó a cabo múltiples gestiones para lograr un acuerdo con dicho Departamento. Hace especial énfasis el Fiscal, en la comunicación que dirigió el Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia al contratista el 12 de junio de 1975, informando la adjudicación del contrato y advirtiéndole que debía ponerse en contacto con el Gobernador de Córdoba o su Secretario de Hacienda, para llenar las exigencias de ese Departamento y obtener el cabal cumplimiento del convenio".

Consideraciones de la Sala:

"1. Este proceso ha tenido una larga duración por causa de los hechos que tanto el apoderado de la parte opositora como el colaborador del Ministerio Público, señalaron como constitutivos de una nulidad procesal de carácter saneable, y precisamente la dificultad para lograr la comparecencia de aquellas personas para que expresaran si la allanaban o no, fue el motivo real de la notoria tardanza. Superado ese escollo y al no existir otros vicios que afecten la actuación, lo pertinente es proceder a fallar de fondo la litis.

"La labor del juez al proferir esta sentencia sin duda se facilita gracias a los muy interesantes, completos y bien concebidos alegatos de conclusión que presentaron los apoderados de las partes y el señor representante del Ministerio Público, en los cuales haciendo gala de amplios conocimientos en la materia y de notable erudición ofrecen antagónicas visiones de los problemas objeto del debate, ilustran plenamente al fallador y lo eximen de la tarea de ahondar en aspectos relativos a la teoría de la responsabilidad contractual de la administración, quedando así limitada su función a advertir y analizar los hechos claves de la controversia, y sobre esa base a adoptar la decisión de rigor.

"2. Es indiscutible la competencia de los Departamentos para regular el expendio en sus jurisdicciones, de los licores procedentes de las otras secciones territoriales; tal competencia tiene fundamento en la autonomía rentística que se les reconoce con apoyo en el artículo 183 de la Constitución Nacional y que ha sido objeto de diversos desarrollos por el legislador. Por tal circunstancia, las relaciones en la materia entre los distintos Departamentos, se rigen por convenios o contratos interadministrativos.

"3. Consecuencia de esa misma autonomía es el derecho que se reconoce a los Departamentos que poseen fábricas productoras de etílicos, para disponer la forma como debe efectuarse la distribución y mercadeo de aquellos, bien sea a través de sus propios organismos, o por medio de contratos con entidades públicas o privadas que se encargan de efectuar la comercialización; sin embargo, cuando se trata del expendio de licores de un Departamento en otro, el segundo conforme a su propia autonomía rentística, tiene el derecho de aceptar o no el medio de distribución, e inclusive, como es frecuente, de no aceptar que los productos del primero se comercialicen en su territorio.

"4. ¿Cómo eran las relaciones entre los Departamentos de Antioquia y Córdoba, con anterioridad a los hechos que originaron la controversia, en materia de distribución de licores?

"4.1. Se sabe en el proceso que la situación era la siguiente: El 27 de noviembre de 1967, los mandatarios de dichas secciones suscribieron un convenio por el cual el Departamento de Córdoba permitió 'la introducción' a su territorio de los diferentes licores y alcoholes producidos por 'LAS RENTAS DE ANTIOQUIA', las cuales tendrán obligación de despacharlos, introducción que se hará con el objeto de venderlos por intermedio del agente particular que se designe con ese fin en la forma que adelante se detalla...'; se estipuló 'una duración de cuarenta (40) meses contados a partir del primero (1º) de enero de 1968 y podrá ser prorrogado por períodos iguales o distintos a voluntad de las partes'; se obligó el Departamento de Antioquia 'a no vender ni a despachar sus productos con destino a «EL DEPARTAMENTO DE CORDOBA» a persona distinta del distribuidor; se acordó que, «LAS RENTAS DE ANTIOQUIA» designarán las personas naturales o jurídicas que distribuirán los licores de Antioquia en el territorio de Córdoba persona que requerirá necesariamente la ratificación de «EL DEPARTAMENTO DE CORDOBA»', el que a su vez 'celebrará con el distribuidor que se haya designado en la forma prevista en la cláusula anterior un contrato separado en el cual se estipule que éste no podrá encargarse de la distribución de productos nacionales similares, distintos de los de «LAS RENTAS DE ANTIOQUIA»' (fls. 175, 176, 177 y 178; cláusulas 1ª, 7ª, 9ª y 10ª, C. 1). Mayúsculas del Texto.

"4.2. Con anterioridad a la celebración de este acuerdo interdepartamental, el Superintendente de Rentas de Antioquia, con autorización de la respectiva Junta, celebró con el señor John Restrepo Alvarez en su condición de representante de la firma 'John Restrepo Alvarez y Cía. Ltda.', un contrato en virtud del cual se otorgó a esa sociedad 'la distribución exclusiva' de los diferentes productos de la Fábrica de Licores de Antioquia en el territorio del Departamento de Córdoba, obligándose entre otras cosas, el contratista 'a no' vender en el Departamento de Córdoba, ni directamente ni por interpuesta persona, productos nacionales similares a los de las Rentas de Antioquia. El término de duración se convino en 'tres (3) años que se cuentan a partir de la fecha del presente documento, pero puede prorrogarse por el mutuo acuerdo de las partes', pero luego, el 16 de noviembre del mismo año, 1967, las partes modificaron la duración y prescribieron: 'El presente contrato tendrá una duración de cuarenta (40) meses, contados a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968). (fls. 165, 166 y 167; cláusulas 1ª, 10ª, 19ª y *'otrosí'*, C. 1º).

"4.2. A su turno, el 15 de diciembre de 1967, el Departamento de Córdoba y la firma 'John Restrepo Alvarez y Cía. Ltda.', por intermedio de sus representantes celebraron otro contrato (fls. 172 del C. 2º), en el cual en su encabezamiento se consigna que el gobierno de Antioquia, por intermedio del Superintendente de Rentas, comunicó al gobierno de Córdoba, que como el contrato para la distribución de los licores del primero en el segundo había vencido desde el 31 de diciembre de 1966, la Junta de Rentas de Antioquia dispuso abrir una licita-

ción para adjudicar un nuevo contrato y que por lo tanto solicitaba al Gobernador de Córdoba expresar por escrito si tenía alguna observación al respecto; que el Gobernador de Córdoba comunicó a Antioquia que encontraba 'aceptable la licitación', pero que 'teniendo en cuenta la tradición de contratos anteriores e intereses de ambos Departamentos considero que la Gobernación de Córdoba debe intervenir en la ratificación de la firma favorecida'; que de la licitación dispuesta por el Departamento de Antioquia resultó favorecida la firma 'John Restrepo y Cía. Ltda.', al adjudicarle el contrato por tres años que luego fueron ampliados a cuarenta meses que comenzarían a contar desde el 2 de enero de 1968, conforme lo dispuesto por la Junta de Rentas de Antioquia; que el gobierno de Córdoba ratificó la adjudicación del contrato a dicha sociedad.

"Entre las estipulaciones contractuales figuran: Que 'John Restrepo Alvarez y Cía. Ltda.' era la distribuidora exclusiva de los productos de las Rentas de Antioquia en el territorio del Departamento de Córdoba, y 'de tal modo no podrá permitirse a ninguna persona natural o jurídica, la distribución o venta de los mismos productos dentro del territorio de este Departamento'; que la duración del contrato era de cuarenta (40) meses contados a partir del primero (1º) de enero de 1968; que la prórroga o las prórrogas sucesivas 'se producirán automáticamente, por períodos de dos (2) años en el caso en que ninguna de las partes dé aviso de su voluntad de renovarlo (sic) con una anticipación de tres (3) meses a la expiración natural del plazo de acuerdo con la cláusula *séptima*, de este contrato' (fls. 173, 174, 175 y 176, C. 2; cláusulas 1ª, 7ª y 8ª).

"4.3. El convenio o contrato entre los Departamentos de Antioquia y Córdoba celebrado el 27 de noviembre de 1967 y al cual se hizo alusión al iniciar esta cronología, fue adicionado y prorrogado por los mandatarios seccionales, el ocho (8) de junio de 1971. Se dice en el '*Acta Adicional*'; '...las partes contratantes hemos acordado prorrogarlo, como en efecto lo hacemos por el término de cuarenta (40) meses, contados a partir del primero (1º) de mayo del presente año' (fls. 180, C. 1º y 178, C. 2).

"Obsérvese que el contrato tuvo inicialmente una duración acordada de cuarenta meses que comenzaron a contarse desde el 1º de enero de 1968, es decir que terminó el 1º de mayo de 1971, o sea que antes del vencimiento del término no se acordó en forma expresa su prórroga, y que apenas un mes y ocho días después las partes vinieron a hacerlo mediante la referida 'acta adicional'.

"4.4. El 7 de junio de 1971 el Secretario de Hacienda del Departamento de Córdoba dirigió a la firma 'John Restrepo y Cía. Ltda.', un oficio en el cual le informa de la prórroga acordada por los gobiernos de ambos Departamentos y que se protocolizó por medio del citado documento, y que el Consejo de Gobierno de su sesión también dispuso prorrogarle a esa sociedad 'por el mismo término', cuarenta meses, también contados a partir del 'primero de mayo del presente año', el contrato sobre introducción, distribución y venta de los licores de Antioquia, por lo cual debería firmarse un 'acta adicional' al contrato inicial (fls. 171, cuaderno Nº 2).

" 'El acta adicional' entre el contratista distribuidor y el Departamento de Córdoba se suscribió el 8 de junio de 1971, conforme a lo anterior: 'De acuerdo a la cláusula *séptima* del contrato que se adiciona, las partes contratantes hemos acordado prorrogarlo, como en efecto lo hacemos por el término de cuarenta (40) meses, contados a partir del primero (1º) de mayo del presente año' (fls. 178, cuaderno Nº 2).

"4.5. De acuerdo con documento que se conoció con motivo de la inspección judicial (fls. 245 y 246, cuaderno Nº 1) en 1974, cuando eran gobernadores de Antioquia y Córdoba, Ignacio Betancur Campuzano y Donaldo Cabrales Anaya, respectivamente se gestionó un nuevo acuerdo (fl. 264 del cuaderno 1), pero por motivos que se ignoran no llegó a ser suscrito por el segundo. También, y correspondiente a la misma época, en la inspección judicial que se practicó a las dependencias de la gobernación de Córdoba (fl. 187, C. 2º), se halló copia del documento suscrito entre los Gobernadores de Antioquia, Atlántico, Bolívar, Córdoba, Magdalena y Sucre, de fecha *16 de febrero de 1974* sobre intercambio de licores, y en el cual se dice que acordaron entre otros asuntos que la 'escogencia de los Distribuidores de los Licores se hará por el Departamento productor según su propia legislación'.

"Además, como lo declara el doctor Juan Guillermo Penagos Estrada, Secretario de Hacienda de Antioquia durante el mandato del Gobernador Jaime R. Echavarría, segundo semestre de 1974 y primero de 1975, en la administración anterior, la de Betancur Campuzano, el Departamento de Antioquia abrió una licitación para la distribución de sus licores en Córdoba, e igualmente, la Junta de Rentas dispuso que ninguno de sus distribuidores 'podía estar trabajando simultáneamente en dos territorios o más'; aquella licitación fue declarada desierta por motivos que se ignoran, pero informa el testigo que dicha política si fue acogida por la administración de la cual fue activo integrante (fl. 206, C. 1).

"Como se verá luego ese criterio limitante trajo importantes consecuencias para el caso *sub júdice*.

"4.6. Según lo visto, en resumen, puede afirmarse que las relaciones entre los Departamentos de Antioquia y Córdoba, en materia de la distribución de los licores de aquél en el territorio de éste, se regían por criterios que incluso fueron elevados a convenios entre los gobiernos seccionales; que el departamento productor, Antioquia, podía escoger a un tercero para que se hiciera cargo de la distribución de sus licores en el territorio del Departamento de Córdoba, y celebrar el respectivo contrato, pero a su turno el Departamento de Córdoba se reservaba el derecho de aceptar, ratificar, el distribuidor seleccionado por Antioquia, y en caso de admitirlo, suscribiría su propio contrato con el distribuidor, para su caso el importador.

"Se observa que en la práctica, inicialmente y con referencia en el convenio celebrado en noviembre de 1967, el primer contratista para la distribución de sus licores que escogió Antioquia fue la firma John Restrepo y Cía. Ltda., con la cual suscribió un contrato con una duración similar a la del convenio interdepartamental, cuarenta meses, pero no se estipuló nada en relación con posibles prórogas; el Departamento de Córdoba aceptó al distribuidor elegido por Antioquia, sus-

cribió su propio contrato y en él se estipularon prórrogas automáticas de dos años. En 1971 se suscribió una 'acta adicional' sobre 'prórroga' del acuerdo interdepartamental, por otros cuarenta meses contados a partir del 1º de mayo de ese año, y mientras Antioquia mantuvo la vigencia del contrato con su distribuidor sin precisar nada en torno a su prórroga, el Departamento de Córdoba con base en la prolongación del convenio entre las secciones, mediante una 'acta adicional' si acordó con la firma distribuidora prorrogar su propio contrato también por cuarenta meses.

"5. Cabe preguntarse ahora: ¿El hecho de pactar el Departamento de Córdoba con la firma distribuidora prórrogas automáticas de su contrato, impedía al Departamento de Antioquia que no las había estipulado con el mismo distribuidor en su respectivo contrato, después del vencimiento de éste abrir una licitación con el objeto de celebrar un nuevo contrato con la posibilidad de adjudicarlo a persona distinta de aquel contratista?

"Aunque debe reconocerse la autonomía e igualdad de derecho y prerrogativas de los entes públicos territoriales, ese interrogante se resuelve en forma negativa porque conforme las reglas que siempre imperaron en las relaciones entre los dos Departamentos en la materia, el de Córdoba siempre reconoció el derecho de Antioquia para determinar quien debería ser el distribuidor de sus productos y celebrar el debido contrato, pero por otra parte, dentro de su propia autonomía, se reservó el derecho de aceptar, de ratificar al distribuidor dispuesto por Antioquia, y en caso de admitirlo de proceder a celebrar su contrato con esa persona, el cual como es obvio tendría por objeto regular conforme a sus intereses fiscales la importación, distribución y expendio en su territorio de los artículos que ese contratista distribuidor podía ofrecer en virtud de un contrato inicial con el departamento productor, o sea que si la relación contractual entre éste y la firma distribuidora terminaba, el segundo contrato que tenía su causa jurídica en la vigencia del primero perdía también su objeto y desaparecía, sin que las partes del mismo pudieran imponer al tercero, el productor, su vigencia.

"La prórroga del contrato entre el Departamento de Córdoba y la firma 'John Restrepo y Cía. Ltda.', en ningún momento supeditaba al Departamento de Antioquia, una vez vencido el término de duración de su contrato con dicha firma, bien podía admitir que continuara actuando como su distribuidor, o proceder a adjudicar la comercialización de sus licores a persona distinta.

"6. La Junta de Rentas Departamentales de Antioquia, en su reunión del día 17 de marzo de 1975, acordó sacar a licitación el contrato para distribuir sus licores en el Departamento de Córdoba, con las mismas condiciones de la licitación anterior que había sido declarada desierta, y autorizó a la Gerencia de la Fábrica de Licores para proceder a efectuar las publicaciones indispensables para la apertura del proceso licitario, 'advirtiendo que no podrán tomar parte en ella quienes en la actualidad sean distribuidores en otros territorios', como consta en la correspondiente acta (fls. 401, 403, C. 1).

"Como consecuencia de lo anterior, en el respectivo pliego de condiciones (fls. 8 y ss., 44 y ss., C. 1), se precisó: *'Convenios guberna-*

mentales: El licitante deberá aceptar en caso de adjudicación, los convenios que se celebren entre el (sic) Departamento de Antioquia y Córdoba'. *'Exclusión de licitantes*: No se considerarán ofertas de los actuales distribuidores' (fls. 13, 448, C. 1).

"Y en el proyecto de minuta anexa al pliego de condiciones, en la cláusula décima séptima, se contempló la siguiente cláusula: 'Se entienden incorporados al presente contrato las cláusulas contenidas en los convenios que celebren o tengan celebrados los Departamentos de Córdoba y Antioquia sobre la forma como debe operar el intercambio de licores y la distribución en los respectivos territorios' (fls. 450, 455, C. 1).

"El 24 de abril de 1975, el día anterior al vencimiento del plazo para presentar las propuestas (fls. 4, 449 y 14, C. 1), los señores Armando Mora de la Hoz, Alfredo Mora de la Hoz, Gabriel Abisaad Janna, Jairo García Montoya y Antonio Jaller Arboleda como representante de la sociedad Antonio Jaller y Cía. S. C., presentaron su oferta como integrantes de la sociedad de hecho 'Distribuidora de Licores de Córdoba' (fls. 406 y 18, C. 1º), en la cual expresamente manifestaron: '...También aceptaremos los convenios que se celebren entre los Departamentos de Antioquia y Córdoba' (fl. 21 y 409; ordinal 6º, literal c, inciso 2º, C. 1º).

"El 25 de abril de 1975, a la 4 p.m. se verificó la apertura de la urna que contenía las propuestas; en el acta del evento se dejó constancia de las personas naturales y jurídicas que compraron los respectivos pliegos de cargos y entre estas, vale la pena observar, figura la firma John Restrepo A. y Cía. La urna contenía en total nueve propuestas, entre las cuales aparecía la de la sociedad de hecho 'Distribuidora de Licores de Córdoba' (fls. 427 y 430, C. 1º).

"La Junta de Rentas del Departamento de Antioquia, luego de amplias discusiones y análisis que constan en las actas de la época (fls. 248 y ss., C. 1º), por mayoría de votos (4 en favor y 2 en blanco) dispuso adjudicar el contrato a la sociedad de hecho Distribuidora de Licores de Córdoba (fl. 269, C. 1º), y al día siguiente mediante Oficio número 1954, el Gerente de la Fábrica de Licores, Hernán Cadavid Gónima, informó a los adjudicatarios del contrato la buena nueva, y tras señalarles que deberían cumplir con los requisitos previstos en el Código Fiscal de Antioquia, para lo cual les solicitaba ponerse en contacto con el asesor jurídico, les advirtió: 'No sobra advertirles que el señor Gobernador de Córdoba, doctor Néstor Padrón G., está enterado de esta adjudicación y esperamos que ustedes se pongan en comunicación con él o su Secretario de Hacienda para llenar las exigencias dictadas por el Gobierno de Córdoba con miras a proseguir las buenas relaciones de gobierno y comerciales que siempre han tenido los dos Departamentos' (fls. 27, C. 1; 104, C. 2).

"Con base en el proyecto de minuta que hizo parte del pliego de condiciones, el 30 de junio de 1975, el doctor Jaime R. Echavarría Villegas en su condición de representante constitucional del Departamento de Antioquia y los miembros de la sociedad de hecho Distribuidora de Licores de Córdoba, celebraron el contrato por el cual el Departamento concedió a la sociedad de hecho la distribución exclusiva de sus licores en el territorio del Departamento de Córdoba (fl. 435 y

ss., C. 1), y en la cláusula décima séptima, acorde con la previsión contemplada en el proyecto de minuta que formaba parte del pliego de condiciones, se estipuló: 'Se entienden incorporados a el presente contrato las cláusulas contenidas en los convenios que celebren o tengan celebrados los Departamentos de Antioquia y Córdoba, sobre la forma como debe operar el intercambio de licores y la distribución en los respectivos territorios' (fl. 430, C. 1º).

"Luego de surtidos los trámites de rigor, el 8 de agosto de 1975, el Tribunal Administrativo de Antioquia, con ponencia del entonces Magistrado doctor Juvenal Mesa Tobón, dispuso aprobar en todas sus partes dicho contrato (fl. 433 y 434, C. 1), con lo cual se logró su perfeccionamiento.

"7. De otro lado, qué actitud asumieron el anterior contratista de Antioquia, la firma 'John Restrepo Alvarez y Cía Ltda.', y el Departamento de Córdoba, territorio en donde debía cumplirse la distribución de sus licores dispuestas por la Junta de Rentas de Antioquia?

"La conducta de dicha sociedad está directamente ligada con la que adoptó el Departamento de Córdoba. La firma resultó favorecida por la Junta de Rentas del Departamento de Antioquia, con la adjudicación del contrato para distribuir sus licores en el Departamento del Atlántico (fls. 168 y ss., C. 1º), esta decisión se adoptó en la sesión del 9 de mayo de 1974; por otra parte, continuaba con el contrato de distribución con el Departamento de Córdoba, aun cuando éste como se vio en aparte precedente, se encontraba vencido desde tiempo atrás.

"Al conocer la decisión de la Junta de Rentas del Departamento de Antioquia en marzo de 1975 (fls. 401, 403, C. 1), de abrir una licitación con el objeto de adjudicar el contrato para la distribución de sus licores en Córdoba, como con claridad lo explicó su representante, John Restrepo Alvarez (fls. 221 y ss., C. 1), la actitud inicial de sus directivos fue la de no oponerse o entorpecer la licitación: 'Antioquia estaba interesada en sacar de todas maneras el contrato a licitación y esperaba que Antioquia tuviera en cuenta una buena propuesta que presenté y por estar enterada del hecho de que Córdoba tenía un contrato con nosotros que aún no se había vencido, vimos la posibilidad de que posiblemente no fuera adjudicado el contrato basados en la buena propuesta y en los argumentos expuestos por Córdoba, y tampoco era improbable que la honorable Junta cambiara de opinión y no seguir (sic) con la tesis de que no se podía adjudicar más de un contrato' (fls. 226, C. 1).

"Pero como también lo expuso el propio señor Restrepo Alvarez, y constituye un hecho suficientemente demostrado en el proceso, la Junta de Rentas de Antioquia mantuvo el criterio de excluir a las firmas que tenía adjudicados y vigentes contratos para otros territorios.

"Acerca de esos acontecimientos en el expediente obra bastante información, que surge de los testimonios del doctor Juan Guillermo Penagos Estrada (fls. 205 y ss., C. 1), Secretario de Hacienda de Antioquia en ese entonces, Humberto Zuluaga Zuluaga (fls. 197 y ss., C. 1), asesor jurídico de la Fábrica de Licores y Secretario de la Junta de Rentas por aquellos días, Jaime Rudesindo Echavarría (fls. 96, C. 1),

Gobernador del Departamento y además de la abundante prueba documental relativa a las gestiones que los funcionarios de la firma excluida ante las autoridades antioqueñas para obtener que se le admitiera en la licitación, afirmando que era ilícita la limitante consagrada por el pliego de condiciones; inclusive, como lo informa el señor Restrepo Alvarez (fls. 229, C. 1º), se llegó hasta demandar ante el Tribunal Administrativo, con resultado adverso el contrato celebrado entre el Departamento de Antioquia y la sociedad de hecho Distribuidora de Licores de Córdoba, cuando se conoció el resultado del proceso licitario.

"Por otro lado, después que conocieron en la firma 'John Restrepo Alvarez y Cía.', de su exclusión como licitante prevista en el pliego de cargos, a la vez que insistían sobre sus presuntos derechos ante las autoridades de Antioquia, de inmediato informaron de la situación al Gobernador de Córdoba, Néstor Padrón Guzmán, y reclamaron su ayuda; para la defensa de sus presuntos derechos vulnerados por Antioquia. El mandatario cordobés a su vez protestó ante el gobierno de Antioquia por haberse dispuesto e iniciado la licitación del contrato sin su consentimiento previo, y lo que parece más importante; según las comunicaciones que existen en el proceso, por ignorar el contrato celebrado entre el Departamento de Córdoba y la firma 'John Restrepo y Cía. Ltda.".

"Se inicia así una serie de comunicaciones entre los funcionarios del Departamentos de Córdoba y los de Antioquia, en la cual se advierte la posición de las autoridades de aquel Departamento, empecinadas en desconocer el derecho de éste de seleccionar autónomamente el contratista para distribuir sus licores en aquel Departamento. Unas veces las autoridades de Córdoba aducían la vigencia de su contrato con la firma 'John Restrepo y Cía.', y en otras clamaban una negociación interdepartamental en que se acordara que el Departamento de Córdoba se encargaría directamente de la distribución en su territorio de los licores antioqueños.

"Una vez adjudicó Antioquia el contrato a Distribuidora de Licores de Córdoba informó a las autoridades cordobeses de su disposición, estas persistieron en su conducta, desconocieron al distribuidor escogido por Antioquia, e incluso le decomisaron el primer y único pedido de productos que hizo a las Rentas de Antioquia (fls. 71 y ss., C. 2º), y rompieron las relaciones comerciales entre los dos departamentos (fls. 69, 58, C. 2º, etc.).

"Se inició entonces un largo período de negociaciones entre los mandatarios de turno de ambas entidades territoriales; se logró inclusive cuando era gobernador de Antioquia, Oscar Montoya, y de Córdoba José María Cabrales Espinosa, el 14 de junio de 1974, un acuerdo que fue suscrito por los representantes de las partes pero que nunca se llevó a cabo. Apenas en 1979 se comenzaron las relaciones no se sabe en que circunstancias; la Junta Departamental de Rentas de Antioquia adjudicó de nuevo el contrato para la distribución de sus productos en Córdoba a Distribuidora del SINU LTDA. (fl. 3 y C. 2º), dejando de lado como se verá más adelante la aspiración de los socios de Distribuidora de Licores de Córdoba y expuesta por intermedio de su apoderado en comunicación del 21 de junio de ese

año (fl. 269) con fundamento en ser titulares de un contrato aún vigente y con el ofrecimiento de desistir del proceso contencioso que ahora se resuelve, ya en curso por aquella época (fl. 271, C. 1).

"Amplia información de esos hechos la brindan los documentos acogidos en la inspección judicial practicada en las dependencias de la Fábrica de Licores de Antioquia, que aparecen en el cuaderno número 2, folios 1 y siguientes, etc., los testimonios de los funcionarios departamentales a que se hizo alusión atrás, y otros como Alvaro Saldarriaga Diez, (sic) (fls. 91 vto. a 96, C. 1º), Secretario de Hacienda durante la gobernación de Oscar Montoya Montoya y luego Contralor del Departamento, quien también participó activamente en las negociaciones (fls. 91 vto. y ss.). Armando Estrada Villa, como anterior Secretario de Hacienda pero bajo la gobernación de Jaime Sierra García (fls. 112 y ss., C. 1º), e inclusive la del doctor Néstor Padrón Guzmán, Gobernador del Departamento de Córdoba en los días en que ocurrió la adjudicación del contrato por el Departamento de Antioquia a Distribuidora de Licores de Córdoba (fl. 199, C. 2º).

"8. Otros hechos que no pueden pasarse por alto son los siguientes: El 14 de agosto de 1975, el Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia envió a Distribuidora de Licores de Córdoba el Oficio 2615, en el cual le solicita ponerse en contacto con la firma John Restrepo A. Cía., 'con el objeto de verificar las existencias, organizar su traslado a sus depósitos y orientar las ventas dentro del menor tiempo posible. Recordamos que el contrato toma vigencia a partir del 8 de los corrientes, fecha en la cual el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dio su aprobación para que Distribuidora de Córdoba iniciara la venta de los licores en el Departamento de Córdoba. Todo esto con miras a que se inicie el cumplimiento de los pedidos mínimos, de acuerdo con el contrato vigente' (fl. 42, C. 1).

"El 19 de agosto de 1975, el señor Armando Mora de la Hoz, obrando como Gerente de Distribuidora de Licores de Córdoba, dio respuesta a la citada comunicación, en los siguientes términos: 'Como estamos enterados que dentro de los gobiernos de Córdoba y Antioquia se celebrarán próximamente conversaciones tendientes a lograr un nuevo acuerdo en materia de intercambio de licores, *quedamos a la espera de los resultados de esta conferencia para iniciar la ejecución del contrato suscrito con ustedes. Entre tanto nos abstenemos de formular pedidos, pues bien conocida por ustedes, es la posición asumida por el señor Gobernador de Córdoba al respecto*' (fls. 89, C. 2º). Subrayas de la Sala.

"Pero a pesar de ese conocimiento, como se narró atrás, el 4 de septiembre de 1975 Distribuidora de Licores de Córdoba formuló a la Fábrica de Licores de Antioquia un pedido consistente en 5.000 botellas medias de aguardiente por un valor total de $ 59.200 (fls. 103 y ss., C. 1º), el cual fue decomisado por las Rentas Departamentales de Córdoba (fls. 77, C. 2º, etc.).

"Así mismo en el proceso se sabe que en el año de 1976 falleció el señor Armando Mora de la Hoz, uno de los integrantes de la sociedad de hecho Distribuidora de Licores de Córdoba y que sus herederos expresaron a los otros socios y a las autoridades del Departamento de Antioquia, su decisión de disolver la sociedad (fls. 26, C. 2 y 24 y ss.,

etc.). Y conforme a la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Montería (fls. 194 y ss., C. 1º) entre las cláusulas estipuladas al conformar la sociedad comercial de hecho Distribuidora de Licores de Córdoba, en la undécima se pactó: '*Disolución y liquidación:* La sociedad se disolverá: a) Por decisión de cualquiera de los socios;...' (fls. 195, C. 1).

"9. Con fundamento en la extensa y minuciosa reseña de los hechos y vicisitudes que ocurrieron al adoptar en marzo de 1975, el Departamento de Antioquia la decisión de abrir la licitación para adjudicar la distribución exclusiva de sus licores en el Departamento de Córdoba, es posible concluir lo siguiente:

"9.1. Existía entre los dos departamentos una clara tradición histórica, consignada de modo expreso en convenios cuya vigencia de hecho no se ponía en duda, en la cual expresamente se reconocía al Departamento de Antioquia la potestad de seleccionar libremente al contratista para distribuir sus licores en el territorio de Córdoba, y también la de éste para aceptar o no la persona escogida por aquél. La potestad para el Departamento productor fue reiterada en el acuerdo suscrito en 1974 con los Gobernadores de la secciones territoriales de la Costa Atlántica, incluido el de Córdoba, y hasta la fecha en que la Junta de Rentas Departamentales de Antioquia dispuso sacar a licitación el contrato para la distribución en Córdoba, las autoridades de éste no habían expresado su voluntad de modificar el sistema imperante.

"9.2. El contrato que con el mismo objeto celebró el Departamento de Antioquia en 1967, con la firma 'John Restrepo Alvarez y Cía'., para 1975 estaba vencido desde años atrás, y en ninguna parte del proceso se acreditó que las autoridades antioqueñas estuvieran enteradas de las prórrogas automáticas previstas en el contrato suscrito entre la misma sociedad y el Departamento de Córdoba, y menos su disposición de acatarlas.

"9.3. Es indudable entonces que al disponer en marzo de 1975, el Departamento de Antioquia, la apertura de la licitación, se ciñó a las reglas imperantes en las relaciones con el de Córdoba, y por ese motivo en el pliego de cargos o condiciones del cual hace parte el proyecto de minuta, informó con la mejor claridad a los posibles oferentes que quien resultara favorecido por la adjudicación del contrato, se debería someter a los convenios existentes o que se celebraren con el Departamento de Córdoba. En otras palabras, las distintas personas que concurrieron con propuestas a la licitación, de antemano estaban enteradas que la eficacia del contrato que celebraran en el caso de ser seleccionadas por Antioquia, se supeditaba a su aceptación por autoridades del Departamento de Córdoba. Es muy diciente acerca del conocimiento de la situación que poseían los socios de la demandante, la manifestación que hicieron en su oferta, de manera explícita, de sujetarse a los convenios entre ambos Departamentos. Antioquia, en síntesis, obró de acuerdo con una tradición contractual aceptada hasta entonces por Córdoba, sin inducir a los posible licitantes a situaciones engañosas, y sobre unas bases ciertas deparadas por esa tradición que le permitían considerar que el distribuidor que escogiera bien podía

ser ratificado por las autoridades de Córdoba, y que el objeto previsto en el contrato se llevaría a efecto.

"9.4. La buena fe en la actuación del Departamento de Antioquia salta a la vista, como también que en ningún momento se obligó frente a los posibles licitantes ni frente a la firma a la cual adjudicó el contrato, a obtener de parte de las autoridades cordobesas su aceptación. Los proponentes informados como estaban que debían someterse a las reglas que imperaban entre las secciones territoriales, al concurrir a la licitación las aceptaban y se sometían a que una vez adjudicado el contrato por Antioquia, no fueran ratificados por el Departamento de Córdoba. Diferente sería la situación si en el pliego de condiciones el Departamento de Antioquia se hubiera comprometido a obtener el beneplácito de parte de las autoridades cordobesas, o a celebrar con ellas un nuevo convenio en el cual se asegurara al licitante favorecido con la adjudicación del contrato, la eficacia del mismo.

"9.5. La actitud de los mandatarios de Córdoba de desconocer la potestad del Departamento de Antioquia para seleccionar con autonomía al distribuidor de sus licores, se produjo con posterioridad a la apertura de la licitación y como consecuencia de la disposición de las autoridades antioqueñas de excluir del proceso licitario a la firma 'John Restrepo Alvarez y Cía.', a la cual ya le habían adjudicado el año anterior un contrato similar para distribuir sus licores en otro departamento.

"La actuación de los gobernantes de Córdoba, al oponerse a la determinación de Antioquia e insistir unas veces en su presunto derecho a intervenir en la escogencia que hicieran las autoridades del segundo, otras en su interés de una nueva negociación con el objetivo de que Córdoba importara directamente los productos antioqueños, y en las demás, aduciendo la existencia de un contrato vigente entre ese departamento y la firma 'John Restrepo Alvarez y Cía.', se presentó como un hecho imprevisible e irresistible para el Departamento de Antioquia.

"El Departamento de Córdoba violentó las reglas de juego imperantes con el de Antioquia, y este no tenía porqué someterse a la imposición anormal que aquél quería hacerle, y que además de ignorar las normas que sustentaban la tradición contractual entre ambas entidades públicas, vulneraba la autonomía rentística y se tornó en verdadera fuerza mayor que hizo imposible la ejecución del contrato adjudicado a la sociedad de hecho demandante.

"9.6. Volviendo sobre la situación de los licitantes, inclusive puede llegar a sostenerse en sana lógica que no era necesario en los pliegos de condiciones advertiles sobre la situación en las relaciones entre ambos departamentos, para que aquellos fueran conscientes de los riesgos que corrían, pues hay que partir de su conocimiento de las condiciones del mercado en la región donde querían participar, y de lo que es aún más importante: De las reglas que frente a los funcionarios locales deberían observar, máxime teniendo en cuenta para el evento *sub júdice* que algunos de los socios de Distribuidora de Licores de Córdoba eran oriundos de esa sección y continuaban vinculados a ella por nexos de diversa índole.

"Y no puede olvidarse la manifestación del señor Mora de la Hoz, una vez adjudicado, celebrado y perfeccionado el contrato, al Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia, de su conocimiento de la situación que existía entre los dos departamentos y de como bien entendía que la vigencia del contrato se supeditaba a que las autoridades cordobesas aceptaran a Distribuidora de Licores de Córdoba.

"9.7. La historia del proceso que tiene su soporte principal en la abundante prueba de carácter documental y testimonial, enseña hasta la saciedad cómo las autoridades antioqueñas no ahorraron de su parte ningún esfuerzo por obtener la normalización de las relaciones interdepartamentales, e inclusive durante mucho tiempo se empeñaron en obtener que los gobernadores de Córdoba aceptaran como distribuidor a la sociedad de hecho demandante, y si años más tarde el primer propósito se otuvo (sic) y en cambio el segundo no fue necesario celebrar un nuevo contrato con otra firma, eso en sana lógica se debió a las circunstancias que se habían presentado en el seno de la propia Distribuidora de Licores de Córdoba, cómo era el hecho irreversible del fallecimiento de uno de los socios, Armando Mora de la Hoz, y que sus herederos en forma expresa, por escrito y acogiéndose a lo estipulado en el contrato social, manifestaron a los demás socios su voluntad de disolver la sociedad de hecho.

"9.8. En conclusión, se puede afirmar que no asiste responsabilidad al Departamento de Antioquia por no haberse podido cumplir el contrato que celebró con la sociedad de hecho demandante, pues obró con buena fe, sin negligencia, sujetándose a la tradición contractual vigente y brindado a los interesados la información indispensable, desde el momento en que dispuso sacar a licitación el contrato para la distribución exclusiva de sus licores en el Departamento de Córdoba, que fue el que con su conducta desconoció los procedimientos aceptados desde tiempo atrás entre ambas secciones territoriales, y dio lugar a una verdadera fuerza mayor que hizo imposible la eficacia del contrato.

"Así las cosas se impone un fallo adverso para las pretensiones de la demanda.

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"Falla:

"Niéganse las pretensiones de la demanda".

II.

Sustentación del recurso por parte del apoderado de la parte demandada:

A folios 514 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto del alegato presentado por el apoderado de la parte actora. En él se hacen las valoraciones de orden jurídico en apoyo de las pretensiones de su poderdante.

"En mi calidad de apoderado sustituto de la parte actora en el proceso de la referencia, estando dentro de la oportunidad legal, respetuosamente me permito solicitarle a ese honorable Consejo que, además de la adición de la condena en costas, al decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que puso fin a la primera instancia, proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia el pasado 31 de julio de 1985, se confirme la decisión contenida en tal fallo, que negó las pretensiones de la demanda.

"Las razones que tiene la parte demandante para impugnar la sentencia pronunciada por el *a quo* aparecen consignadas en el memorial mediante el cual se interpuso el recurso de apelación (visible a folios 506 y 507 del cuaderno 1º), y las mismas se limitan, como allí se expresa, al punto o aspecto de 'que el honorable Tribunal basó en la buena fe que atribuye al Departamento de Antioquia en la relación contractual que motiva la demanda, la exoneración de la responsabilidad...'

"Debe advertirse, con todo, que este argumento de la buena fe (objeto de la impugnación de la parte demandante contra el fallo de primera instancia) no fue el único argumento en que se basó el fallo recurrido, ni es el argumento principal, sino uno más, muy importante, todo lo importante que se quiera, pero que vino a aducirse de manera complementaria. Basta repasar, así brevemente el fallo de primera instancia y, en especial, sus 6 últimas páginas, en las que se exponen las conclusiones del caso, para confirmar el anterior aserto.

"Allí aparece claramente que, antes de entrar en el terreno de la buena fe (que también es un terreno válido, en el que se destaca la irreprochable conducta de la parte demandada), la sentencia del honorable Tribunal Administrativo de Antioquia se detuvo a examinar, luego de referirse a la tradición histórica de las relaciones entre los dos departamentos, Antioquia y Córdoba, el alcance de los derechos y obligaciones que se habían originado en el tan nombrado contrato con 'Distribuidora de Licores de Córdoba', para luego detenerse en la buena fe, incontestable, del Departamento de Antioquia y, más adelante, en la situación de fuerza mayor que en la tan nombrada relación contractual vino a constituir el comportamiento del Departamento de Córdoba e, incluso, en la conducta que observó o debió haber observado el licitante la sociedad de hecho "Distribuidora de Licores de Córdoba', en el período precontractual.

"Y es que, en principio, cuando se alega un incumplimiento contractual, lo primero que debe hacerse es determinar el alcance de los derechos y obligaciones que surgen del correspondiente contrato.

"Este primer y gran examen y análisis le permitió al Tribunal Administrativo de Antioquia concluir, con toda razón, que:

"'...En otras palabras, las distintas personas que concurrieron con propuestas a la licitación, de antemano estaban enteradas que *la eficacia del contrato* que celebraran en el caso de ser seleccionadas por Antioquia, *se supeditaba a su aceptación por autoridades del Departamento de Córdoba...*' (Hoja 39 del fallo. Las subrayas no son del texto).

"Y es que, en verdad, como bien lo reconoció el fallo del honorable Tribunal Administrativo de Antioquia, luego de examinar la tradición histórica de las relaciones entre Antioquia y Córdoba en esta materia de la distribución de licores del primero.

"Como consecuencia de lo anterior, en el respectivo pliego de condiciones (fls. 8 y ss., 444 y ss., C. 1º), se precisó: '*Convenio Gubernamentales:* El licitante deberá aceptar en caso de adjudicación, los convenios que se celebren entre el (sic) Departamento de Antioquia y Córdoba'. '*Exclusión de Licitantes:* No se considerarán ofertas de los actuales distribuidores' (fls. 13 y 448, C. 1).

"Y en el proyecto de minuta anexa al pliego de condiciones, en la cláusula décima séptima, se contempló la siguiente cláusula: 'Se entienden incorporados al presente contrato las cláusulas contenidas en los convenios que celebren o tengan celebrados los departamentos de Córdoba y Antioquia sobre la forma como debe operar el intercambio de licores y la distribución en los respectivos territorios (fl. 450, 455, cuaderno 1)'.

"Aunque con ciertas atenuaciones y modificaciones impuestas por la naturaleza y finalidad de los contratos administrativos, en esta materia también rigen, en buena parte, los principios que sobre interpretación de los contratos contiene el Código Civil, en sus artículos 1618 y siguientes.

"Vale la pena destacar, entre estas normas, aquellas según las cuales el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto debe preferirse a aquél en que no lo produzca (art. 1620), las cláusulas de uso común se presumen (art. 1621), se deben interpretar, unas por otras, las cláusulas de un contrato, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una con aprobación de la otra (art. 1622).

"A la luz de las anteriores disposiciones, es claro que, como lo hizo el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia, debe dársele efecto, pleno efecto, a las previsiones consagradas en el pliego de condiciones de la licitación, sobre 'Convenios Gubernamentales' y en la cláusula 17ª del proyecto de minuta del contrato y en el contrato, sobre incorporación a este mismo contrato de las cláusulas contenidas en los convenios celebrados o que se celebren con el Departamento de Córdoba.

"La parte demandante ha actuado en este proceso como si tales cláusulas y prescripciones no aparecieran contenidas en ninguno de los documentos contractuales (se trataría de otra cuestión, en la que, como lo sostiene el fallo recurrido, en su pág. 41, pto. 96, tampoco saldría adelante la pretensión de dicha parte), o como si fueran disposiciones sin ningún valor. Pero lo cierto es que las mismas hacen parte del contrato, que deben y pueden producir y, aún más, producen, efectos, y que, además, se puede interpretar unas por otras. Incluso, que fueron objeto, como lo sostiene el fallo recurrido (en sus págs. 36 y 37), de aplicación práctica por una de las partes, en concreto, por la hoy parte demandante.

"Es claro, por lo mismo, que el derecho (derecho y obligación, aunque este último punto podemos dejarlo de lado para este análisis) que nació para la sociedad de hecho 'Distribuidora de Licores de Córdoba', no es un derecho absoluto, perfecto, sino condicionado. O, como lo decía el fallo de primera instancia, la eficacia del mismo contrato quedaba supeditado a un acto posterior, de aceptación, por parte del Departamento de Córdoba.

"Aunque puede ser muy cómodo ignorar una situación como la anterior, lo cierto es que, en materia de contratos administrativos, la misma no es tan inusitada y estrambótica, como parece darlo a entender la parte demandante. Tratadistas de derecho administrativo como Guido Zanobini (Ver Curso de Derecho Administrativo, T. I., págs. 240 y ss.), entre los extranjeros, o Alvaro Copete Lizarralde ('La Extinción de los Actos Administrativos', en Universitas, junio de 1957, págs. 187 y ss.), entre los nacionales, han reconocido, por ejemplo, la existencia de la categoría que han dado en llamar, de los derechos condicionados.

"Y si repasamos, el Decreto-ley 222 de 1983 (que, en este punto, reproduce la disposición incorporada al Decreto-ley 150 de 1976), el derecho que surge de la licitación y del contrato, puede quedar sometido, subordinado o *condicionado* a la aprobación o revisión de otro organismo administrativo (art. 35).

"En el caso que sirvió de antecedente a la disposición del Decreto-ley 150 de 1976 (Exp. 1525, actor: Codilol), que guarden sus marcadas semejanzas con el presente proceso, en fallo del 1º de abril de 1976, sostuvo esa misma Sección III, del honorable Consejo de Estado, que:

"A folios 32 del cuaderno número 1 se aprecia el pliego de condiciones en la licitación abierta y en el punto 2º se lee: 'El contrato para su validez requerirá la aprobación del Ministerio de Salud', y, como es obvio, este requisito fue conocido de antemano por los actores cuando se presentaron a la licitación.

"Es bien sabido que el pliego de cargos o condiciones señala los requisitos esenciales de la oferta que deben ser cumplidos estrictamente no solamente por el oferente sino también por el proponente, en virtud de que de allí nacen los derechos y las obligaciones, por eso algunos autores lo han llamado la 'Ley del Contrato' ".

"Y más adelante, precisó:

"En el caso que se estudia, ya se demostró, que en el pliego de condiciones se estipuló que contrato, tan pronto se hiciera la adjudicación, requerirle la aprobación del Ministerio de Salud y ese aspecto que venía a ser la causa de los derechos y obligaciones tanto para la administración como para el proponente no se realizó".

"Y que:

"Por todo lo dicho, la Sala considera que como la referida aprobación no tuvo lugar, los actos no tienen el carácter de definitivos ya que les falta un requisito indispensable para que produzca sus plenos efectos y, por tanto, no puede impetrarse ninguna clase de derechos ni indemnización".

"Es pues claro, por todo lo expuesto, que el derecho que se había originado en favor de la sociedad de hecho 'Distribuidora de Licores de Córdoba', era un derecho condicionado, subordinado a la conducta o decisión de un tercero, en este caso, el Departamento de Córdoba, que, si acaso, fue quien incurrió en conducta irregular (aunque, como bien se sostuvo en el alegato de primera instancia de la parte demandada, la demandante nunca solicitó al Departamento de Córdoba, como era su deber, que celebrara con ella el correspondiente contrato).

"La conducta de la parte demandada, y su buena fe, aparecen claramente reconocidas y explicadas en el fallo recurrido y en el alegato de primera instancia de la parte demandada.

"Para no alargar innecesariamente este memorial, no teniendo nada nuevo que agregar, doy por reproducido aquí, en cuanto a los otros puntos, el brillante alegato presentado en la primera instancia por la parte demandada".

III

Sustentación del recurso por el mandatario judicial de la parte actora:

A folios 506 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto del alegato presentado por el apoderado de la parte actora. En él se lee:

"Respetuosamente y en tiempo oportuno, interpongo el recurso de *apelación* contra el fallo emitido en el proceso de la referencia.

"Se advierte de su lectura, que el honorable Tribunal basó en la buena fe que atribuye al Departamento de Antioquia en la relación contractual que motiva la demanda, la exoneración de la responsabilidad que constituye el fundamento de la indemnización impetrada.

"Si se considera que en la culpa aquiliana la buena fe es factor eximente o mitigante de la responsabilidad, se entiende la importancia que el fallo otorga a este elemento. Por el mismo aspecto, habría que concluir que el demandante no demostró, pero ni intentó siquiera hacerlo, mala fe del Departamento de Antioquia, por lo que, al no hacerlo, aparece faltando a su carga procesal.

"Pero la culpa contractual, aplicable lo mismo a los particulares que al Estado, tiene elementos de responsabilidad diferentes. Y es la parte imputada de ella la que tiene la carga de la prueba que permita aliviarla con la demostración de que su incumplimiento sobrevino por fuerza mayor o caso fortuito. Es así como la demostración o la presunción de la buena fe en una de las partes contratantes, no la releva de sus responsabilidades en este campo. Con mayor razón si obra la imprevisión como uno de los factores determinantes de la culpa contractual. Porque en materia de esta la buena fe, para que sea eximente de responsabilidad, tiene que estar exenta de culpa. Que una persona contrate la talla de una estatua en mármol o la construcción de un edificio, porque de buena fe contaba con que podía importar el mármol o adquirir el lote de terreno en el que se levantaría la edificación, y por dificultades de la importación o por la negativa del

propietario del terreno que el Contratante conocía, no logra superar su dificultad, no puede ser eximente de su responsabilidad por el incumplimiento del contrato. En esos casos lo que se denomina buena fe es incuria. Y esto constituye uno de los motivos de la responsabilidad que en indemnización se ha de traducir.

"La segunda instancia abrirá oportunidad, además, para dilucidar más a fondo el tema de la personería en las sociedades de hecho y del ejercicio de la representación contractual en ese tipo de asociaciones, todo en relación con la nulidad decretada y saneada y en los efectos que ella sigue teniendo en la posición del Ministerio Público y en la defensa de la parte opositora.

"Ruego, pues, conceder la apelación interpuesta".

IV

Concepto fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su vista fiscal visible a folios 527 y siguientes del cuaderno en antes citado, anota:

"Una vez suscrito el contrato con Distribuidora de Córdoba, el Departamento del mismo nombre, interesado como estaba en continuar con el distribuidor anterior, se negó a aceptar el nuevo contratista seleccionado por el Departamento de Antioquia. Tenemos pues que el Departamento de Córdoba desconoció el acuerdo existente, generando con su proceder el entorpecimiento en la ejecución del nuevo contrato.

"El memorial de apelación visible al folio 506, cuaderno 1, dice, que la sentencia basándose en la buena fe, exoneró de responsabilidad al ente demandado, cuando lo que plantea la demanda es la culpa contractual debiendo así el demandado demostrar que su incumplimiento se debió a fuerza mayor o caso fortuito, pues la sola presunción de su buena fe no la releva de su responsabilidad. Y en el memorial visible a folio 505, cuaderno 1, el mismo apelante afirma, que su única inconformidad con el fallo se refiere a la omisión de la condena en costas.

"Así las cosas el apelante poco o nada explica en sus memoriales, en uno le recuerda al Tribunal que no se condenó en costas, cuando el condenado ha debido ser el propio apelante. En el otro memorial se afirma no estar de acuerdo con lo que se cree fue el fundamento del fallo, pero sin resultado alguno en la parte resolutiva del mismo.

"Como bien lo dice el apoderado del Departamento de Antioquia doctor Gómez Mejía, el fundamento de la sentencia objeto de la apelación, no fue únicamente la buena fe del ente demandado. También analizó el fallador, precisamente la existencia de la fuerza mayor constituida por la conducta y el proceder de los funcionarios del Departamento de Córdoba.

"El fallo apelado abundando en razones de todo orden como puede apreciarse de su lectura, consideró que el Departamento de Antioquia, no obstante que no se comprometió a ello, puso todo su empeño y desplegó toda su actividad ante los funcionarios del Departamento de Córdoba para hacer posible la ejecución del contrato en mención, sin que ello hubiera sido posible.

"Es deber de la parte que interpone el recurso, señalar su inconformidad con la providencia recurrida, sustentando con seriedad y en forma razonada y clara su pretendida inconformidad.

"En el presente caso, no se dan las anteriores circunstancias, de suerte que no se precisan las razones para llegar a modificar o a revocar la sentencia.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la honorable Sala se confirme el fallo apelado y se condene en costas al apelante".

V

Consideraciones de la Sala:

A) La providencia impugnada será revocada pues la Sala no comparte la valoración fáctica y jurídica que el *a quo* hizo de todos esos aspectos incluyendo el relacionado con la apreciación de la prueba.

Para la mejor comprensión del asunto se impone su estudio en diferentes momentos del tiempo físico. Sólo así será posible un análisis de la conducta de las partes en el manejo de la relación jurídica que dio origen a la controversia.

Dentro del marco anterior, la Sala encuentra que dentro del proceso están debidamente probadas las siguientes circunstancias, generales y particulares del caso:

Primera.

Que el día veintisiete (27) de noviembre de 1967, los Gobernadores de los Departamentos de Antioquia y Córdoba celebraron un contrato cuyo objeto era la venta y distribución de los licores del primero de los departamentos citados en el segundo. De las cláusulas que tienen interés para el examen de la situación merecen destacarse las siguientes:

"*Primera.* El Departamento de Córdoba permitirá la introducción a su territorio de los diferentes licores y alcoholes producidos por 'LAS RENTAS DE ANTIOQUIA', las cuales tendrán obligación de despacharlos, introducción que se hará con el objeto de venderlos por intermedio del agente particular que se designe con ese fin en la forma que adelante se detalla. Las cantidades que 'EL DEPARTAMENTO DE CORDOBA' permite introducir y 'LAS RENTAS DE ANTIOQUIA' se obliga a despachar, serán las necesarias para atender a los requerimientos del mercado de aquel Departamento".

"*Décima.* 'LAS RENTAS DE ANTIOQUIA' designarán la persona natural o jurídica que distribuirá los licores de Antioquia en el territorio de Córdoba, persona que requerirá necesariamente la ratificación de 'EL DEPARTAMENTO DE CORDOBA' ".

Dicha designación recaerá necesariamente en persona que reúna, entre otras, las condiciones de experiencia, responsabilidad, capacidad de trabajo, solvencia moral, comercial y económica, y conocimiento

del negocio de licores. "EL DEPARTAMENTO DE CORDOBA" celebrará con el distribuidor que se haya designado en la forma prevista en la cláusula anterior un contrato separado en el cual se estipule que éste no podrá encargarse de la distribución de productos nacionales similares, distintos de los de "LAS RENTAS DE ANTIOQUIA".

"*Décima tercera.* Este contrato, que no implica erogación alguna para el Departamento de Córdoba, se celebra en virtud de lo dispuesto por la Ordenanza número 52 de 1960, de la Asamblea del mismo Departamento. En cuanto a 'LAS RENTAS DE ANTIOQUIA', su celebración ha sido autorizada por las Ordenanzas números 30 de 1947 y 28 de 1949".

En la cláusula séptima del citado acto jurídico se dispuso que éste tendría una duración de cuarenta meses contados a partir del primero de enero de 1968 y que podía "...ser prorrogado por períodos iguales o distintos a voluntad de las partes" (Cuaderno Nº 1, fls. 175 y ss.). Esto explica que con fecha ocho de junio de mil novecientos setenta y uno, y según Acta Adicional visible al folio 180 del cuaderno número 1, se hubiese acordado prorrogarlo "...por el término de cuarenta (40) meses, contados a partir del primero de mayo del presente año..."

En desarrollo de las estipulaciones contractuales que en antes se transcribieron, quedó igualmente demostrado, que las Rentas Departamentales de Antioquia le concedieron al señor John Restrepo "...la distribución exclusiva de los diferentes productos de su Fábrica de Licores en el territorio del Departamento de Córdoba..." por un término de cuarenta meses, contados a partir del 1º de enero de mil novecientos sesenta y ocho (ver documento. Fl. 165. C. Nº 1), nominación que fue ratificada por el Consejo de Gobierno de Córdoba como se desprende de la nota que obra al folio 171 del cuaderno número 2, dirigida por el Secretario de Hacienda al distribuidor donde se lee:

"Así mismo, acordó el Consejo de Gobierno, prorrogarle a ustedes por el mismo término, cuarenta meses, también contados a partir del primero de mayo del presente año, el contrato sobre introducción, distribución y venta de licores de Antioquia en este Departamento..."

Segunda.

Que vencidos los actos jurídicos anteriores el día ocho de octubre de mil novecientos setenta y tres (1973), la Junta Departamental de Rentas de Antioquia abrió licitación, en el año de 1974, para seleccionar el distribuidor de sus licores en el Departamento de Antioquia, pero ella fue declarada desierta. Así consta en el Acta número 1669 de 17 de marzo de 1975 (fl. 403, C. Nº 1). Allí mismo se lee que frente a esta realidad el referido organismo autorizó a la Gerencia "...para que procediera a hacer las publicaciones del caso para abrir la licitación para la distribución de los licores de Antioquia en el territorio de Córdoba, con las mismas bases de la anterior, *advirtiendo que no podrán tomar parte en ella quienes en la actualidad sean distribuidores en otros territorios*" (Subrayado de la Sala).

Tercera.

Que tan pronto el Gobierno de Córdoba tuvo conocimiento de que el de Antioquia había tomado la determinación de sacar a licitación la

distribución de licores expresó su inconformidad por el hecho. El testimonio del doctor Néstor Padrón Guzmán por esa época Gobernador de Córdoba, es bien explicativo de la situación cuando dice:

"Siendo Gobernador del Departamento el doctor Remberto Burgos Puche y Secretario de Hacienda Ramón Berrocal, el gobierno departamental sometió para su estudio a consideración del Tribunal Administrativo un contrato celebrado con la firma comercial cuya razón social no recuerdo, referente a la introducción y distribución de licores creo de Antioquia y Caldas, al Departamento de Córdoba. El Tribunal Administrativo en ejercicio de la acción de revisión del contrato y teniendo en cuenta que el Departamento de Córdoba al organizarse asumió el monopolio de licores, *declaró que el contrato no se ajustaba a las disposiciones legales que rigen la materia en el Departamento de Córdoba, por cuanto monopolio significa producción, distribución o introducción directa de otros departamentos, cuando no hubiera Fábrica de Licores cuestión ésta privativa de consiguiente del Departamento de Córdoba.* Así las cosas, nombrado Gobernador del Departamento en el año de 1975, encontré la siguiente situación que el Gobierno de Córdoba siendo Gobernador don Donaldo Cabrales Anaya había celebrado un contrato de introducción de licores de Antioquia al Departamento de Córdoba con la firma John Restrepo y Compañía de Medellín a quien se le había adjudicado en Medellín la distribución de licores de Antioquia en el Departamento de Córdoba. *Lo anterior pugnando con la sentencia del Tribunal, cabe anotar que todos los gobiernos departamentales hasta cuando fui Gobernador, hicieron caso omiso del mandamiento jurisdiccional del Tribunal.* El Gobierno de Antioquia y la Industria Licorera de ese Departamento *me comunicó que se había abierto licitación para adjudicar la distribución de licores de Antioquia en el Departamento de Córdoba,* era Gobernador de Antioquia el doctor Jaime R. Echavarría, a *quien informé que lamentaba positivamente tener que informarle que de acuerdo con la legislación de Córdoba, especialmente el Código Fiscal y la sentencia del Tribunal Administrativo, y dada la circunstancia que había sido ponente de dicha sentencia,* como Gobernador tenía que dar cumplimiento a dichas normas, que *el Gobierno Departamental estaba presto a celebrar un contrato de introducción de licores al Departamento de Córdoba directamente con el Gobierno de Antioquia, que en ningún momento aceptaría la adjudicación que se hiciera en Medellín, por cuanto no se trataba de la distribución de productos de libre* introducción sino de una industria que había sido monopolizada por el Departamento de Córdoba desde los inicios de su organización administrativa, que dadas las circunstancias que existía un contrato vigente hasta 1975 con John Restrepo y Cía. celebrado por un gobierno anterior, respetaba dicho contrato. El Gobierno de Antioquia no obstante las conferencias personales que tuve con el Gobernador, los Secretarios del Despacho y el Contralor de Antioquia procedieron a permitir la adjudicación que creo fue a una firma cuya razón social era Distribuidora de Licores de Córdoba. Nombrado para Gobernador de Antioquia el doctor Oscar Montoya nuevamente celebramos todas unas series de conversaciones tendientes a que el Departamento de Córdoba directamente introdujera los licores de Antioquia. Al efecto, en virtud de facultades extraordinarias que otorgó la Asamblea de Córdoba al Gobernador, dicté toda una serie...organización en la

materia creando entre otras la Renta de Córdoba entidad descentralizada que se ocuparía de verificar el contrato de introducción de licores con las similares de otros departamentos. Mientras se organizaba la renta se dictó un Decreto ordenanzal facultando al Gobierno de Córdoba para provisionalmente permitir mediante contrato de cesión por dos (2) años, la introducción y distribución de licores al Departamento de Córdoba, fue así como suscribí un contrato con la Gobernadora de Caldas doña Pilar Villegas de Hoyos y el Gerente de la Industria Licorera de Caldas. *Preguntado.* Diga por qué fracasaron las conversaciones adelantadas entre los Departamentos de Córdoba y Antioquia y por qué no se logró una solución satisfactoria para los dos departamentos. *Contestó.* Debo dejar constancia del positivo deseo que tuvo el Gobernador Jaime R. Echavarría en la solución del conflicto, pero la postura intransigente del entonces del Contralor Departamental de Antioquia cuyo nombre no recuerdo, en el Consejo de Gobierno que se verificó al respecto con motivo de mi visita a Medellín, *dijo el Contralor que él no podía tolerar que se violaran las disposiciones del Código Fiscal de Antioquia, le contesté que respetaba su postura, pero que como Gobernador no permitía que las Ordenanzas de la Asamblea de Antioquia tuvieran vigencia en el Departamento de Córdoba. Recuerdo que una investigación de la Procuraduría del Distrito de Medellín que condenó a alguno de los Secretarios de Despacho miembros de la Junta Directiva de Fábrica de Licores de Antioquia* por haber pretermitido normas legales en la adjudicación *no obstante la advertencia del Gobierno de Córdoba.* Dicha providencia fue confirmada por la Procuraduría General de la Nación y causó bastante revuelo en el ámbito de Antioquia" (Ver cuaderno Nº 2, fls. 199 y ss.).

Que el Gobierno de Antioquia fue notificado oportunamente por el de Córdoba sobre sus reparos y objeciones a la nueva licitación que se anunciaba, y que autorizó la Junta Departamental de Rentas del primero en su sesión del 17 de marzo de 1975, Acta 1669 (fl. 403, cuaderno Nº 1), lo reitera también el doctor Juan Guillermo Penagos Estrada, quien actuó como Secretario de Hacienda del Departamento de Antioquia por la época en que se desencadenó la controversia. En el testimonio de éste, visible a folios 205 y siguientes del cuaderno número 1, se lee: "Actuando como Secretario de Hacienda del Departamento y presidiendo en ausencia del Gobernador la Junta de la Fábrica, la honorable Junta decidió sacar a licitación la distribución de los licores de Antioquia en el Departamento de Córdoba, pues en el gobierno anterior esta licitación había sido declarada desierta y la firma John Restrepo y Cía. poseía en momento en que nosotros estábamos actuando, la distribución de los licores en el Departamento del Atlántico y en el Departamento de Córdoba. La Junta Directiva de la Fábrica de Licores de Antioquia después de hacer un análisis de la situación acogió la tesis de la administración anterior consistente básicamente en que *ningún licitante de los productos de Antioquia podía trabajar más de un territorio y decidió abrir la licitación para el territorio de Córdoba sin contar naturalmente con el Gobierno de ese Departamento por considerar este acto de competencia del Gobierno Departamental* y obrando de acuerdo con la costumbre y los convenios que se tenían con los distintos departamentos del país. *Tan pronto conoció el Gobierno de Córdoba la decisión de la Fábrica de Licores de Antioquia de sacar a licitación la distribución de los licores de ese Departamento,* entró en

contacto con los funcionarios del Gobierno de Antioquia y la Fábrica de Licores para hacer un análisis de la situación, *pues ellos consideraban que para que el Departamento de Antioquia pudiese sacar a licitación la distribución de los licores en su territorio era necesario contar con el visto bueno del Gobierno Departamental actuante en ese momento en el Departamento de Córdoba. La Junta Directiva de la Fábrica de Licores autorizó las conversaciones del señor Secretario de Hacienda y el señor Gerente de la Fábrica con el Gobierno del Departamento de Córdoba* y después de escuchar los informes presentados por los funcionarios del Departamento, por el Contralor Departamental, de sus reuniones sostenidas con el Gobernador del Departamento de Córdoba doctor Padrón *tomó la decisión de seguir adelante con el proceso de la licitación*" (Subrayado de la Sala). Luego agrega:

"El doctor Padrón Gobernador en ese entonces del Departamento de Córdoba solicitaba a la Junta Directiva de la Fábrica de Licores de Antioquia y al Gobierno Departamental *que no se sacara a licitación el territorio de Córdoba* basado en la existencia de un contrato firmado entre el Departamento de Córdoba y su distribuidor en ese momento John Restrepo y Cía.... Quería pues el señor Gobernador del Departamento de Córdoba que la distribución de los licores de Antioquia en ese territorio quedara en manos de la firma John Restrepo y Cía. por espacio de un año y medio o dos años más... Los miembros de la Junta Directiva de la Fábrica de Licores de Antioquia asesorados por la Contraloría General del Departamento *eran conscientes de las dificultades que existían con el Departamento de Córdoba y creían que una vez adjudicada la licitación las personas a quienes se les hubiese adjudicado entrarían en un término prudencial a ejercer sus derechos* ...La licitación salió a la luz pública de acuerdo con la costumbre que tenía el Departamento de sacar a licitación y luego adjudicar la distribución de sus licores en los distintos Departamentos de la Costa Atlántica, *las dificultades surgieron una vez salió la licitación, pues el Gobernador de ese Departamento, como decía ahora consideraba que era necesario contar con el visto bueno de las autoridades del Departamento de Córdoba para sacar a licitación la distribución de los licores...*"

En el mismo sentido depone el doctor Hernán Cadavid Gónima, quien se desempeñó como Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia en el período comprendido entre septiembre de 1974 y septiembre de 1975, es decir, manejó la situación en su período crítico de controversia y mucho antes de que se hiciera la adjudicación a la firma Distribuidora de Licores de Córdoba. Al folio 114 del cuaderno número 1, se recoje lo sustancial de su testimonio, cuando precisa: "En algunos viajes que hice en compañía del entonces Secretario de Hacienda del Departamento *pudimos comprobar que efectivamente no había intención por parte del Gobierno de Córdoba de admitir otro distribuidor distinto al señor o a la firma John Restrepo y compañía* ...Tanto el señor Secretario de Hacienda como el Gobernador se negaron a que Antioquia entregara la distribución a personas distintas a la firma John Restrepo A. Cía. *Ya en el seno de la Junta de Rentas se presentó la disyuntiva de si Antioquia debía someterse a la presión del Gobernador de Córdoba o podía tomar su propia determinación y hacer o abrir una licitación para distribuir los licores del Departamento*

en Córdoba. En la forma dispuesta por el Código Fiscal del Departamento se abrió la licitación y a ella se presentaron varias firmas... *Preguntado.* Doctor Cadavid, al hacer la adjudicación del contrato a Distribuidora de Licores de Córdoba confiaban la Junta de Rentas y los administradores del Departamento salvar las dificultades surgidas con el Departamento de Córdoba para que ese contrato pudiera obtener su adecuado cumplimiento? *Contestó.* En principio sí se confió puesto que se seguían adelantando conversaciones con el Gobierno de Córdoba y se esperaba que con el cambio de Gobernador cambiara al situación para el Departamento de Antioquia a pesar de que el Secretario de Hacienda de Córdoba seguía insistiendo en que ellos tenían un contrato especial con la firma John Restrepo y Cía., que aún no se había vencido".

La declaración del doctor Jaime R. Echavarría, quien fue Gobernador del Departamento de Antioquia en el período comprendido entre el 19 de agosto de 1974 y el 1º de septiembre de 1975, visible al folio 96 del cuaderno número 1, es también, bien ilustrativa respecto de la situación cuando testimonia:

"El Gobernador de Córdoba, interpretando, a mi modo de ver erróneamente el contrato suscrito entre los dos Departamentos, aseguró que la escogencia del distribuidor en esa zona debería ser escogido por el Departamento de Córdoba. A la Administración de Antioquia le pareció ese concepto muy poco valedero por cuanto que la firma que distribuyera los licores en Córdoba tenía que ser escogida por Antioquia era el negocio entre las dos entidades, entre la fábrica de licores y el presunto distribuidor el cual le tenía que dar completas seguridades en materia de dinero y de cumplimiento a la fábrica de licores. *Así las cosas, y a pesar de que el señor Gobernador de Córdoba doctor Padrón se presentó en Medellín a tratar de imponer su criterio a la Administración de Antioquia, ésta no aceptó sus puntos de vista...* Antioquia no podía conceder que se le impusiese por parte de la administración del Departamento de Córdoba un distribuidor, cualquiera que él fuese, que iba a tener negocios con la Fábrica de Licores y que le tenía que dar las mayores garantías... *Preguntado.* Cuando se sacó a licitación el contrato de concesión para distribuir los licores del Departamento de Antioquia en Córdoba, los señores miembros de dicha distribuidora eran sabedores de esta situación conflictiva entre los dos Departamentos o por el contrario dicha situación conflictiva se presentó con posterioridad a la adjudicación que se le hizo a la distribuidora de licores? *Contestó. Los conflictos se iniciaron desde tiempo atrás.* Me imagino que quienes concurrieron a la licitación estaban enterados de las situaciones existentes...Añado que en el Despacho del Gobernador se efectuó una reunión con el señor Gobernador de Córdoba y con la presencia del Contralor de Antioquia doctor Carlos Mauro Hoyos y recuerdo perfectamente la actitud intransigente del mandatario Cordobés..."

Finalmente, parece conveniente recordar, para completar el panorama de incomprensiones regionales, que antes de que se hiciera la adjudicación del contrato de distribución a la firma Distribuidora de Licores de Córdoba, esto es, en el tiempo físico transcurrido antes del 11 de junio de 1975, existía un clima de conflicto entre los Departamentos de la Costa Atlántica y Córdoba, como lo testimonió el doctor

Alvaro Saldarriaga Cruz, quien actuó como Contralor del Departamento de Antioquia entre el diez (10) de septiembre de 1975 y el 11 de septiembre de 1976 (Cuaderno 1, fl. 91). El declarante sobre el particular destaca:

"Al asumir las funciones de Secretario de Hacienda y efectuarse la primera reunión de la Junta de Rentas, me impuse de la situación de conflicto que se había suscitado entre Antioquia y Córdoba por razón de la distribución de licores de este último Departamento en aquél. *Esa situación de conflicto no era aislada y tenía ya algunos antecedentes en la aptitud que otros Departamentos estaban asumiendo en apoyo de Córdoba instigados a hacerlo por una asociación para planeamiento urbano y regional que constituyeron los Departamentos Costeños en donde Antioquia vende sus licores.*

Esta asociación se llama SIPUR y logró imponer en contra de los intereses de Antioquia una filosofía que implicaba en materia concreta de licores casi que la facultad exclusiva de los Gobernadores de los Departamentos que conformaban el bloque para decidir sobre la distribución y mercado de los licores de otros Departamentos en sus territorios...Yo desconozco la fecha de constitución del organismo denominado SIPUR, creó que la sigla se descompone así: Servicio de Integración Planificado Urbano y Regional, o algo así. *Hizo aparición con antelación bastante, a los hechos que estamos tratando.* Su Presidente era en ese entonces el Gobernador de Bolívar para el período que me estoy refiriendo...En el espacio que medió entre la adjudicación del contrato a Distribuidora de Licores de Córdoba y la legalización del mismo, puedo afirmar que tenía plena vigencia y estaba al máximo de su influencia el organismo SIPUR. Incluso, concentrando todo su poder en lo relacionado con las distribuciones de licores en la costa y sus relaciones con Antioquia. Tanto en los órganos hablados de la costa como de Medellín, como en los diarios de la Costa y Bogotá como El Tiempo y El Espectador, se hizo gran despliegue a las actividades de SIPUR y a sus planteamientos en relación con la distribución de licores. *En síntesis, entre el plazo de adjudicación y la legalización o aprobación por el Tribunal hubo una gran actividad de SIPUR en relación a todo este problema con el mayor despliegue publicitario".*

Cuarto. Que un mes antes de que se hiciera la adjudicación el Gobernador de Córdoba reiteró su inconformidad por la apertura de la licitación.

A folios 138 y siguientes del cuaderno número 2 aparece el texto del memorando que con fecha 13 de mayo de 1975 prepararon los doctores Juan Guillermo Penagos, Secretario de Hacienda de Antioquia y el doctor Hernán Cadavid Gónima, Gerente de la Fábrica de Licores del mismo Departamento. Textualmente se lee:

MEMORANDO

Viaje a la Costa

Córdoba:

Néstor Padrón Guzmán, Gobernador.

Arcadio Zárate Pérez, Secretario de Hacienda.

Generalidades

"El Gobernador comentó sobre la inconformidad de su Gobierno para con Antioquia por el hecho de haber sacado este Departamento una licitación para la distribución de sus licores sin contar con la aquiescencia del Gobierno de Córdoba. Manifestó, igualmente, que había suscrito entre el Gobierno anterior y la firma John Restrepo y Cía., un contrato por medio del cual ésta firma se compromete a vender los licores de Antioquia y tiene una cláusula de prórroga automática, hasta septiembre de 1976. Después de algún tiempo de conversaciones y habiendo aceptado las explicaciones dadas por el Secretario de Hacienda del Departamento de Antioquia, *se convino en una reunión posterior con el doctor Zárate con el fin de aclarar algunos puntos de interés para ambos Departamentos.*

De todas maneras, el señor Gobernador estará en Medellín el día 9 de mayo y *tiene la firme intención de aclarar con nuestro Gobierno los puntos que aún quedan por convenir para mejorar las relaciones entre los dos Departamentos.*

El señor Gobernador de Córdoba insistió en la necesidad de firmar un convenio entre los Departamentos de Antioquia y Córdoba pues actualmente existe un convenio firmado de tiempo atrás. El admitió la validez de este convenio.

El Gobernador va a convocar la Asamblea a sesiones extraordinarias, porque quiere reorganizar toda la administración y quiere hacer el estudio para un posible establecimiento de estancos y manejo de las rentas por cuenta del Gobernador del mismo Departamento..."

El anterior informe es bien explicativo de la amplia información que tenía el Gobierno de Antioquia de los reparos, observaciones o deseos que abrigaba el de Córdoba sobre la materia y, por lo mismo, es apreciado por la Sala como demostrativo de que al hacerse la adjudicación el once (11) de junio de 1975, los funcionarios responsables de la misma lo hicieron con conocimiento de causa.

Quinto.

Dentro del proceso quedó debidamente probado, igualmente, que sin haberse solucionado las dificultades ya anotadas, surgidas entre los dos Departamentos, el de Antioquia procedió a poner en marcha el proceso de licitación. En efecto: A folio 401 del cuaderno número 1 aparece el texto del Acta número 1669 correspondiente a la sesión de la Junta Departamental de Rentas de ese Departamento, que tuvo lugar el día 17 de marzo de 1975 en la cual se consignó bajo el numeral 4.8.: "Finalmente la Junta autorizó a la Gerencia para que procediera a hacer las publicaciones del caso para abrir la licitación para la distribución de los licores de Antioquia en el territorio de Córdoba, con las mismas bases de la anterior, *advirtiendo que no podrán tomar parte en ella quienes en la actualidad sean distribuidores en otros territorios*" (Subrayado de la Sala).

A folios 445 y siguientes del cuaderno número 1 obra el pliego de cargos y la minuta de contrato que se adjuntó al mismo y que los licitantes, en caso de resultar beneficiados con la adjudicación, debían firmar, sujetando su conducta contractual a los requisitos allí indicados. De la atenta lectura de estas piezas procesales es conveniente retener los siguientes aspectos:

a) Que se licitó la distribución de los licores del Departamento de Antioquia en el área territorial del de Córdoba;

b) Que se fijó un momento para entrar a operar a partir de aquel en que quedara "...legalizado el contrato respectivo...";

c) Que bajo el rubro 'Convenios Gubernamentales' se consagró que el licitante favorecido debía aceptar "...los convenios que se celebren entre el Departamento de Antioquia y Córdoba...";

d) En la cláusula décima séptima de la minuta de contrato se consagró que: "Se entienden incorporadas al presente contrato, las cláusulas contenidas en los convenios que celebren, o tengan celebrados los Departamentos de Antioquia y Córdoba, sobre la forma como debe operar el intercambio de licores y la distribución en los respectivos territorios". Se indicó, igualmente, en la cláusula vigésima séptima del mismo que el término de duración sería de tres años, contados a partir de su legalización pero que el mismo se entendería prorrogado hasta cuando se suscriba y empiece a ejecutar otro convenio para el territorio asignado a EL CONTRATISTA o hasta cuando el Departamento —Fábrica de Licores— declare extinguida la prórroga.

Dentro del marco anterior, quedó igualmente probado, que la firma Distribuidora de Licores de Córdoba sometió a consideración de la Fábrica de Licores su oferta para servir la distribución de licores la cual obra al folio 19 del cuaderno número 1 de la lectura del numeral 6º, literal c) de la misma, se desprende que se obligaron a cumplir con "...todos los requisitos detallados en la minuta y en el pliego de cargos, y obviamente, con la obligación de comunicar los primeros 15 días de cada mes, el informe sobre realizaciones y proyectos mientras dure la distribución. *También aceptaremos los convenios que se celebren entre los Departamentos de Antioquia y Córdoba*" (Subrayado de la Sala).

Todo este proceso culminó, y así está probado, con la adjudicación que la Junta Departamental de Rentas hizo del contrato a Distribuidora de Licores de Córdoba, como se lee en el Acta número 1697 de junio 5 de 1975. A esta definición se llegó no obstante las observaciones del miembro de la Junta, doctor José R. Vélez quien en esa ocasión observó:

"...*dentro de esta licitación no puede hacerse la adjudicación por el enfrentamiento existente entre los Gobernadores de Antioquia y Córdoba*" (fl. 255, cuaderno número 1. Subrayado de la Sala). Luego anotó: "...que en vista de que había una determinación tomada por el Gobernador de Córdoba, *en el sentido de no admitir otro distribuidor distinto al actual; que teniendo en cuenta, además, que en la actualidad no existe entre Antioquia y Córdoba contrato ni convenio de intercambio que obligue a las partes; y que por informe del señor Gerente se sabía que en el momento el único distribuidor que ha venido cumpliendo con las cláusulas del contrato, circunstancia reconocida por la administración; y que en vista de que las firmas que se encontraban a estudio para hacer la adjudicación, ninguna de ellas satisfacía en lo más mínimo*...propuso que si no obstante los argumentos expuestos, se decidiera si se insistía o no en hacer la adjudicación... Al término de su intervención agregó que consideraba que: "...*Antio-*

quia va a sufrir un grave perjuicio al quitarle la distribución a un buen distribuidor como lo ha reconocido el mismo Gobierno, para entregársela a una firma que presenta deficiencias como las anotadas".

Sexto.

Se acreditó, igualmente, que el contrato entre el Departamento de Antioquia —Fábrica de Licores— y la sociedad de hecho Distribuidora de Licores de Córdoba se firmó el día treinta (30) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975), por un término de tres (3) años, y que entró en vigencia el día ocho (8) de agosto del mismo año, fecha en la cual el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia le impartió su aprobación (Ver fl. 435, cuaderno Nº 1). En nota calendada el catorce (14) de agosto de 1975, dirigida por el Gerente de la Licorera de Antioquia a Distribuidora de Córdoba así lo informó a la Sociedad demandante. Allí se lee:

"Distribuidora de Córdoba.

Medellín

Adjunto se servirán encontrar copia de la carta enviada a la firma John Restrepo A. y Cía., entidad ésta que ha venido distribuyendo nuestros licores con eficiencia y seriedad en el Departamento de Córdoba.

Les solicitamos ponerse en contacto con dichos señores con el objeto de verificar las existencias, organizar su traslado a sus depósitos y orientar las ventas dentro del menor tiempo posible.

Les recordamos que el contrato toma vigencia a partir del 8 de los corrientes, fecha en la cual el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dio su aprobación para que Distribuidora de Córdoba iniciara la venta de los licores en el Departamento de Córdoba. *Todo esto con miras a que se inicie el cumplimiento de los pedidos mínimos de acuerdo con el contrato vigente.*

Atentamente.

Hernán Cadavid Gónima. Gerente (fl. 42, cuaderno Nº 1)".

Quedó demostrado, igualmente, que la sociedad de hecho demandante acusó recibo de la comunicación con carta de agosto 19 de 1975, en la cual le manifiesta al Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia:

"Como estamos enterados de que entre los Gobiernos de Antioquia y de Córdoba se realizarán próximamente conversaciones tendientes a lograr un nuevo acuerdo en materia de intercambio de licores, quedamos a la espera de los resultados de estas conferencias para iniciar la ejecución del contrato suscrito con ustedes.

Entre tanto nos abstenemos de formular pedidos pues bien conocida por ustedes es la posición asumida por el señor Gobernador de Córdoba al respecto" (fl. 38, cuaderno Nº 1).

También el Gerente de la Fábrica de Licores dirigió a Distribuidora de Córdoba, una nota, fechada el día 12 de julio de 1975 (fl. 27, cuaderno Nº 1), en la cual le manifiesta:

"Me complace comunicarles que la honorable Junta de Rentas en sesión verificada el 10 de junio dispuso adjudicarles la distribución de los licores de Antioquia en el Departamento de Córdoba por considerar que su firma, además de llenar los requisitos exigidos en el pliego de cargos, da garantía de cumplimiento en cuanto a seriedad, conocimiento de la zona y buenas relaciones con las autoridades en el Departamento de Córdoba.

Como es imprescindible que ustedes llenen, en el menor tiempo posible, los requisitos exigidos por el Código Fiscal de Antioquia, les solicitamos ponerse en contacto con nuestro asesor jurídico doctor Humberto Zuluaga Zuluaga quien les indicará los requisitos que deben llenar para firmar y poner en marcha el contrato de distribución.

No sobra advertirles que el señor Gobernador de Córdoba, doctor Néstor Padrón G., está enterado de esta adjudicación y esperamos que ustedes se pongan en comunicación con él o su Secretario de Hacienda para llenar las exigencias dictadas por el Gobierno de Córdoba con miras a proseguir las buenas relaciones de Gobierno y comerciales que siempre han tenido los dos Departamentos.

Por último, la Gerencia de la Fábrica de Licores pone a su disposición todos los elementos necesarios para que ustedes puedan cumplir a cabalidad, no sólo las compras mínimas estipuladas en su oferta sino con los demás compromisos que adquieren al firmar el convenio de distribución. Cualquier duda que se les presente en el lapso de ejecución del contrato, estaremos dispuestos a resolverla, pues es nuestro propósito lograr que ustedes cumplan con el Departamento de Córdoba y Antioquia.

Muchos éxitos en su nueva empresa.

Hernán Cadavid Gónima. Gerente".

Séptimo.

Que puesto en marcha el contrato, dentro de las circunstancias particulares del caso que han quedado acreditadas a través de los medios indicados en los puntos anteriores, surgieron las primeras dificultades para su cumplimiento, las cuales en el tiempo físico se registraron y fueron también probadas así:

a) La firma Distribuidora de Licores de Córdoba hace en septiembre de 1975, su primer pedido de 5.000 medias de aguardiente Antioqueño, el cual fue despachado con la factura número 6-4-00213 y amparada por la guía número 5785;

b) Según Acta de recibo que obra al folio 77 del cuaderno número 2, el cargamento fue decomisado en Montería, el día 6 de septiembre de 1975, "... por orden del señor Secretario de Hacienda Departamental de Córdoba por no tener la Distribuidora de Licores de Córdoba contrato con el Departamento para la distribución de licores de Antioquia...";

c) De la situación anterior informó al señor Gobernador de Antioquia, el Gerente de la nueva firma Distribuidora, en carta calendada el 8 de septiembre de 1975, en la cual le expresa:

"La presente tiene por objeto informar a usted que nuestro primer pedido de licores enviado a la ciudad de Montería, con nota remisoria número 05681 del día 4 del mes en curso, fue decomisado por las rentas del Departamento de Córdoba, bajo la orden del Gobierno Departamental, manifestando que nuestra firma DISCORDOBA —Distribuidora de Licores de Córdoba— no está autorizada por aquel Departamento para la venta de los licores de Antioquia, *por falta de acuerdo entre los dos Gobiernos seccionales.*

En razón de la vigencia de nuestro contrato con el Departamento de Antioquia nos permitimos solicitar a usted la intervención ante el Gobierno de Córdoba a fin de que se nos permita la venta al público de dichos licores tan pronto sean legalmente estampillados *a lo cual estamos totalmente dispuestos.*

Confiamos en una decidida y ágil colaboración del Gobierno Departamental de Antioquia para lograr la normalidad en los próximos despachos y poder de esta manera cumplir con los compromisos adquiridos.

Del señor Gobernador, muy respetuosamente. Distribuidora de Licores de Córdoba. Armando Mora de la Hoz. Gerente".

Octavo.

Que las dificultades que surgieron en el desarrollo del contrato con la firma demandante dieron origen a una serie de diálogos, conferencias, visitas de funcionarios de Antioquia a Córdoba y viceversa, con el fin de tratar de darle una solución al impase. Así, en carta de enero de 1976, enviada por el Gobernador de Córdoba y su Secretario de Hacienda al Gobernador de Antioquia y su Secretario de Hacienda, le hace los siguientes planteamientos:

"El Departamento de Córdoba, con el fin de solucionar el impase presentado por la distribución de los licores de Antioquia en nuestro territorio les proponemos que ustedes vendan directamente a Córdoba y nosotros nos encargaremos de la distribución en la misma forma que la estamos efectuando con los licores producidos por el Departamento de Bolívar.

Esta propuesta se la hacemos para demostrar, una vez más el deseo que tenemos de colaborar con Antioquia y para que su Departamento pueda beneficiarse del consumo de los licores en el nuestro.

Lo que no puede aceptar el Departamento de Córdoba es el hecho de que Antioquia pueda adjudicar o administrar directamente la venta de sus licores en territorio cordobés sin la intervención nuestra, pues estamos facultados para reglamentar, vigilar y determinar la forma como habrán de darse los convenios de introducción de licores.

Nuestro Departamento está dispuesto a ofrecer a ustedes las garantías necesarias, que pueden ser bancarias, para responder por el pago oportuno de los compromisos que adquiera por concepto de las facturas o despachos que ustedes efectúen".

Posteriormente el 7 de mayo de 1976, el señor Gobernador de Córdoba, doctor José María Cabrales Espinosa se dirije al doctor Raúl

Alberto Zapata, Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia para manifestarle:

"Con el fin de llegar a un acuerdo y obtener una solución definitiva, favorable a ambos Departamentos, en el diferendo surgido a raíz de la distribución de los licores de Antioquia en Córdoba, me permito concretarle las dos propuestas que en meses anteriores le formulé al doctor Oscar Montoya Montoya Gobernador de ese Departamento y a su Secretario de Hacienda, doctor Alvaro Saldarriaga Díez.

1º El Departamento de Córdoba *compra directamente los licores a Antioquia* mediante carta de crédito bancaria y nosotros nos encargamos de la distribución y venta.

2º Tanto la firma que tiene contrato con Antioquia, como la firma que tiene contrato con Córdoba distribuyan ambas los licores de Antioquia.

3º Cualquiera de las fórmulas que ustedes escojan, se legalizará mediante un convenio firmado por ambas partes.

4º Para el viernes catorce (14) estaré en la ciudad de Medellín y me agradaría concretar una entrevista conjunta con usted y los señores Gobernador y Secretario de Hacienda, para las once de la mañana.

Cordialmente. José María Cabrales Espinosa. Gobernador de Córdoba".

La propuesta anterior fue el resultado de las fórmulas que la comisión de Antioquia había tratado con los Gobernadores de la Costa y SIPUR, según consta en el cable que aparece al folio 44 del cuaderno número 2, suscrito por el Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia.

Está probado, también, que la propuesta anterior fue considerada por la Junta Departamental de Rentas, en su sesión del 15 de septiembre de 1975, en la cual el doctor Jorge Hernández Restrepo comentó:

"...que ante todo debe tratarse de hacer respetar la decisión tomada por la Junta al adjudicar la licitación para la distribución de licores en Córdoba, pero que no obstante lo anterior, tampoco se opone a que se arregle el problema surgido siempre que se cuente con los nuevos distribuidores y bajo la condición de que el Gobernador de Córdoba se pronuncie por escrito" (fl. 121, cuaderno Nº 1).

Esta determinación fue aprobada por la citada directiva.

A folios 122 y siguientes del cuaderno número 1 aparecen las Actas números 1692 de 10 de octubre de 1976; 1699 de 19 de diciembre de 1975, en las cuales se debatió nuevamente la propuesta de Córdoba, pero no se tomó una decisión sobre la materia. En la sesión que tuvo lugar el día 2 de marzo de 1976, Acta número 1703 (fl. 132, cuaderno Nº 1) el referido organismo volvió a analizar la situación, oportunidad en la que el señor Contralor de Antioquia dijo:

"...que reconociendo como reconoce las facultades de administradora de que está investida la Junta, su despacho está dispuesto a acatar la decisión que se tome, *pero que mientras esté vigente el contrato*

de Distribuidora de Licores de Córdoba es su obligación hacer que sus cláusulas se cumplan. Añadió que aceptar la propuesta de Córdoba sería un grave precedente porque así se aceptaría también el procedimiento de prorrogar el contrato accesorio por un término superior a la vigencia del principal, y en esas condiciones *sería mejor no engañar a nadie abriendo licitaciones.* De proceder así, agregó, sería institucionalizar el que los contratos accesorios tengan mayor valor jurídico que los mismos principales".

Muy ilustrativa de la situación que se analiza es el Acta número 1704 de 18 de marzo de 1976 (fl. 135, cuaderno Nº 1) en la cual se lee:

"4. *Distribución en Córdoba.*

"Se dio lectura a carta del Gobernador de Córdoba en la cual formula las siguientes propuestas: a) Compras directas y b) La admisión de dos distribuidores.

Analizadas esas propuestas se llegó a la conclusión de que la primera es inadmisible, dado que la sociedad Distribuidora de Licores de Córdoba fue favorecida con la licitación y *por consiguiente el contrato está vigente* y la segunda tampoco es de recibo ya que en reunión efectuada entre representantes de Distribuidora de Licores de Córdoba y John Restrepo A. y Cía. Ltda., se convino en la distribución por parte de ambas sociedades, y posteriormente el señor Restrepo A., hizo manifestación negativa".

Noveno. Que como culminación de las anteriores gestiones, el día 14 de junio de 1976, se suscribió por los Gobernadores de Antioquia y Córdoba, el *"Convenio de intercambio de licores entre los Departamentos de Antioquia y Córdoba"*, que obra a folios 105 y siguientes del cuaderno número 1. A continuación, y para una mejor comprensión del asunto, se transcriben las cláusulas más importantes:

"Primera: Los Departamentos de Antioquia y Córdoba intercambiarán, a partir de la vigencia del presente convenio, todos los productos actuales y futuros de sus respectivas fábricas de licores permitiendo la libre circulación de ellos dentro de sus territorios, previo el lleno de los requisitos aquí estipulados.

"Segunda: El intercambio se hará por medio de contrato de distribución que cada Departamento suscriba o tenga suscrito con personas ajenas a la administración pública, a menos que se convengan ventas de Departamento a Departamento.

"Undécima: El Departamento de Córdoba suscribirá con el distribuidor oficial de los licores de Antioquia un contrato con duración igual a la prevista en la cláusula siguiente, en el cual se contemplará un mínimo anual de estampillaje condicionado al ejercicio normal del mercado, a la existencia oportuna de estampillas y a que no haya cierre de límites o cualquiera otra forma oficial de restricción en la introducción y venta de licores.

"Décima sexta: En los contratos que cada Departamento celebre con su distribuidor, deberá hacerse constar que éste acepta el contenido de las cláusulas del presente convenio, en todo lo relacionado con

la forma como debe operar el intercambio de licores y la distribución en el territorio respectivo".

Décimo. Con el texto pertinente del Acta número 1715 de 25 de octubre de 1976, visible al folio 139, cuaderno número 1, se acreditó que frente a la nueva situación la Junta Departamental de Rentas recibió y conoció la carta que le dirigió la firma demandante el día 30 de septiembre de 1976, en la cual hace planteamientos de interés para el manejo de la relación contractual nacida el 11 de junio de 1975. Allí, y bajo el rubro "Distribución en Córdoba" se dejó consignado:

"A continuación se lee la carta enviada por Distribuidora de Licores de Córdoba cuyo texto es del siguiente tenor:

"Medellín, septiembre 30 de 1976.

"Señores

"Junta Directiva

"Fábrica de Licores de Antioquia

"Ciudad.

"Distinguidos señores:

"Nuestra firma —Distribuidora de Licores de Córdoba— fue favorecida en la licitación pública de 25 de abril de 1975, para la distribución de los productos de la Fábrica de Licores de Antioquia en el Departamento de Córdoba. Con base en lo anterior, firmamos el 30 de junio del mismo año con el Departamento de Antioquia el correspondiente contrato, llenando a plenitud los requisitos legales del caso. El citado contrato cuyo cumplimiento lo iniciamos oportunamente y en todo momento hemos seguido dispuestos a ejecutar, se ha visto afectado en su desarrollo hasta ahora debido a la posición del Gobierno de Córdoba, bien conocida por ustedes. En varias oportunidades el Gobierno de Antioquia nos ha manifestado a través de sus distintos voceros, la decisión de respaldar y respetar nuestro contrato, como también la voluntad *de suspender transitoriamente su vigencia mientras los dos Gobiernos celebran un convenio definitivo. El término o vigencia del contrato empezaría por tanto una vez exista una solución de fondo al diferendo entre los dos Departamentos.*

Por nuestra parte estamos en condiciones de cumplir lo pactado tan pronto nos informen oficialmente que el impase ha sido superado (Subrayado de la Sala).

No obstante lo anterior, queremos significar a ustedes que nuestra firma tiene inmovilizado el capital social y actualmente está sufragando una serie de gastos, como son: Arrendamiento de local, empleados, etc.; además, tenemos retenido por el Gobierno de Córdoba el primer pedido despachado por ustedes con destino a nuestra empresa. Sobra explicar los considerables perjuicios que nos causa esta situación.

No tenemos información de nuevas conversaciones entre los dos Gobiernos, como tampoco si hay posibilidades de arreglo a corto o

mediano plazo. Sería para nosotros de suma importancia, conocer el resultado de dichas conversaciones, el pensamiento del Gobierno de Antioquia al respecto, y las posibilidades de solución, si es que aún existen alternativas susceptibles de estudio.

Quedamos en espera de sus noticias mientras nos suscribimos con toda atención.

Distribuidora de Licores de Córdoba (Fdo.) Arquitecto: Gabriel Abisaad Janna".

Todo indica que el convenio firmado el 14 de junio de 1976 no operó en la práctica. Retener este aspecto es de interés para comprender el alcance de la decisión condenatoria que se tomará en la parte resolutiva del presente fallo. En efecto: Al folio 36 del cuaderno número 2 aparece el texto de la carta que el Gobernador de Córdoba dirigió al Director de El Colombiano el día 30 de junio de 1976, en la cual se queja de las interferencias del Contralor de Antioquia para poner en marcha el referido acto jurídico. Allí se lee, en lo pertinente:

"En noviembre pasado cuando me posesioné de la Gobernación de Córdoba encontré una situación de hecho, el gobierno de Antioquia abrió por su cuenta e inconsultadamente con el de Córdoba licitación para vender sus licores en nuestro Departamento, sin antes haber firmado un convenio entre ambas Gobernaciones *y a sabiendas que Córdoba tenía vigente un contrato con la firma antioqueña John Restrepo y Cía.*

Ante este acto inconsulto nuestro Departamento desconoció esa licitación y el consiguiente contrato. Ya estando mi persona al frente de este Despacho, me interesé en ponerle solución a este problema y en varias ocasiones viajé a Medellín con este exclusivo propósito. *Después de muchas entrevistas se firmó un convenio entre ambos Gobiernos y cuando ya pensábamos que habíamos solucionado nuestras dificultades el día 16 del presente mes a las 5 p.m. por conversación telefónica el señor Raúl Zapata Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia me informaba que había recibido orden del Contralor Departamental para que se abstuviera de venderle licores a la firma John Restrepo y Cía., desconociendo en esta forma el convenio ya firmado por los doctores Oscar Montoya y Alvaro Saldarriaga, Gobernador y Secretario de Hacienda respectivamente.*

Me permito adjuntarle fotocopias de nuestras propuestas y del convenio con Antioquia, en donde le demuestro al pueblo antioqueño nuestro ánimo de entendimiento y no las insidiosas palabras del Gerente Zapata". De interés también para el análisis de conducta de las partes, que se hará más adelante, el contenido del Acta número 1717 de noviembre 29 de 1976, folio 148, cuaderno número 1 donde se lee:

"Situación de la distribución en Córdoba.

"Respecto a la situación de la distribución en el Departamento de Córdoba expresa el señor Secretario de Hacienda que es bien conocida por los señores miembros de la Junta. Inicialmente se celebró en el Despacho de la Secretaria de Hacienda una reunión con los señores integrantes de la sociedad de hecho 'Distribuidora de Licores de Córdoba' quienes, *en el curso de las conversaciones, manifestaron que so-*

lamente renunciarían al contrato de distribución si el Departamento de Antioquia les indemniza los perjuicios que ellos han sufrido hasta el momento. Informa, además, que los señores de 'DISCORDOBA' creen que en este caso se está jugando el prestigio de Antioquia y consideran que el Departamento de Córdoba lo que está tratando de propiciar es un juego para que John Restrepo continúe con la distribución..."

Décimo primero.

Que la Junta Departamental de Rentas, en su sesión del 24 de febrero de 1977, y según consta en el Acta número 1722 de esa fecha, aprobó por unanimidad la iniciación "...de las negociaciones con el Departamento de Córdoba tendiente a efectuar en su territorio la distribución directa de todos los productos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia", como se lee en la carta que el día 28 de marzo de 1977 envió el Secretario de la referida Junta, doctor Humberto Zuluaga Zuluaga al doctor Libardo López Gómez, Gobernador de Córdoba, visible al folio 17 del cuaderno número 2. Estas nuevas negociaciones culminaron con la firma de *un nuevo acuerdo para la distribución* de licores entre los dos Departamentos, el cual tiene fecha 30 de enero de 1979 (ver cable, fl. 8, cuaderno Nº 2).

De la nota que obra al folio 272, cuaderno número 1 se aprecia que en su momento se abrió una nueva licitación para la distribución de licores en Córdoba, la cual le fue adjudicada a la firma "Distribuidora del Sinú Limitada".

Con anterioridad a la consolidación de esta nueva situación, esto es, el 21 de junio de 1979, el apoderado de Distribuidora de Licores de Córdoba, se dirigió a los doctores Rodrigo Uribe Echavarría, Gobernador del Departamento de Antioquia; Hugo Echeverry Gómez, Secretario de Hacienda Departamental; Gabriel Ruiz Monsalve; Contralor General del Departamento y Oscar Alvarez Gutiérrez, Gerente de la Fábrica de Licores, para proponerles fórmulas de arreglo. En la segunda parte de este fallo se transcribirá y analizará su contenido y alcance.

Todos los documentos que han sido enlistados en esta primera parte del fallo son auténticos, pues existe certeza sobre la persona o personas que los han firmado y fueron aportados al proceso en la forma dispuesta por el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil. Por lo que hace relación a la prueba testimonial, los declarantes le merecen a la Sala entera credibilidad y ello explica que tengan plena eficacia probatoria. El doctor Néstor Padrón Guzmán, fue Gobernador de Córdoba y le tocó el manejo de la situación en los momentos más críticos. Lo propio cabe predicar del doctor Juan Guillermo Penagos Estrada, por ese entonces Secretario de Hacienda de Antioquia; del doctor Hernán Cadavid Gónima, Gerente de la Fábrica de Licores de este mismo Departamento y del doctor Jaime R. Echavarría Gobernador de Antioquia entre el 19 de agosto de 1974 y el 1º de septiembre de 1975. Ninguno de ellos hizo divagaciones sobre suposiciones, pues se refirieron a hechos y actos concretos y precisos de muchos de los cuales fueron actores. La razón del dicho es convincente en su doble aspecto, pues de un lado precisan siempre circunstancias de modo,

tiempo y lugar, y, del otro explican y hacen comprensiva su conducta cuando indican el porqué tuvieron conocimiento de los hechos. Agrégase a todo lo anterior que lo expuesto por ellos no excedió en ningún momento los límites del objeto de la prueba. Con estos elementos de juicios se prosigue el estudio respectivo orientado a desatar el diferendo en Derecho.

B) Es bien sabido que para que la inejecución de la obligación principal, o su ejecución defectuosa o retardada se convierta en fuente de derechos subjetivos, orientados a que el acreedor que sí cumplió, o estuvo dispuesto a hacerlo, se le indemnicen los perjuicios causados, es menester que se acrediten las siguientes circunstancias:

1º Que el incumplimiento es imputable al deudor.

2º Que el acreedor sufrió perjuicios a consecuencia de tal incumplimiento; y

3º Que, si la obligación es positiva, el deudor sea constituido en mora.

A su turno, debe recordarse que el primer presupuesto puede provenir: Ora de la mala fe o dolo del deudor; ora de la culpa de éste, esto es, de su negligencia o descuido; ora de un hecho imprevisible o irresistible que haya colocado al deudor en la imposibilidad definitiva o temporal de cumplir con sus deberes jurídicos en la forma y tiempo debidos; ora de la culpa exclusiva del acreedor.

Dentro de las anteriores circunstancias legales, la Sala entra a estudiar si en el caso en comento se demostraron tales presupuestos con el fin de deducir las consecuencias jurídicas correspondientes.

C) *Incumplimiento del Departamento de Antioquia.*

Ya se anticipó en antes que el *ad quem* no comparte la perspectiva jurídica desde la cual el *a quo* hizo la valoración jurídica y fáctica de las circunstancias del caso, entre otras, por las siguientes razones:

1º Un examen de la conducta del Departamento de Antioquia —Junta Departamental de Rentas— demuestra que todos los problemas que se fueron presentando a partir de la apertura de la licitación fueron fruto de la voluntad libre, consciente y ampliamente querida por los referidos centros de imputación jurídica, que a sabiendas de las dificultades que se anunciaban por el Gobernador de Córdoba, para suscribir un nuevo acuerdo sobre distribución de licores en los dos Departamentos, resolvieron afrontarlas con orgullo regional, corriendo así los riesgos correspondientes.

Recorriendo ese sendero, decidieron sacar primero a licitación la contratación para la distribución de licores en el Departamento de Córdoba, sin acordar primero los términos de "Introducción, Venta y Distribución" entre los dos Departamentos que estaba vencido desde el 8 de octubre de 1973, aunque todo indica que de hecho se siguió ejecutando.

Con los testimonios de los doctores Néstor Padrón Cruz y Juan Guillermo Penagos Estrada, se demostró hasta la saciedad que ese paso se dio a conciencia. El primero de los declarantes citados testimonió:

"El Gobierno de Antioquia y la Industria Licorera de ese Departamento me comunicó que se había abierto licitación para adjudicar la distribución de licores de Antioquia en el Departamento de Córdoba, era Gobernador de Antioquia el doctor Jaime R. Echavarría, *a quien informé que lamentaba positivamente tener que informarle que de acuerdo con la legislación de Córdoba, especialmente el Código Fiscal y la sentencia del Tribunal Administrativo y dada la circunstancia que había sido ponente de dicha sentencia, como Gobernador tenía que dar cumplimiento a dichas normas, que el Gobierno Departamental estaba presto a celebrar un contrato de introducción o licores al Departamento de Córdoba directamente con el Gobierno de Antioquia que en ningún momento aceptaría la adjudicación que se hiciera en Medellín, por cuanto no se trataba de distribución de productos de libre introducción sino de una industria que había sido monopolizada por el Departamento de Córdoba desde los inicios de su organización administrativa...*" (Cuaderno número 2, fls. 199 y ss. Subrayado de la Sala).

El doctor Juan Guillermo Penagos Estrada, a su vez, precisó:

"Los miembros de la Junta Directiva de la Fábrica de Licores de Antioquia asesorados por la Contraloría General del Departamento *eran conscientes de las dificultades que existían con el Departamento de Córdoba y creían que una vez adjudicada la licitación las personas a quienes se les hubiese adjudicado entrarían en un término prudencial a ejercer sus derechos... Las dificultades surgieron una vez salió la licitación, pues el Gobernador de ese Departamento, como decía ahora consideraba que era necesario contar con el visto bueno de las autoridades del Departamento de Córdoba para sacar a licitación la distribución de los licores ...*" (Cuaderno Nº 1, fls. 205 y ss. Subrayado de la Sala).

2º Manejando la filosofía de que Antioquia no podía conceder que se le impusiese por Córdoba un administrador, pero incurriendo en conducta contradictoria al pretender que los gobernantes de este Departamento se allanaran a sus determinaciones, esto es, que aceptaran el nuevo distribuidor sin lograr el acuerdo sobre el contrato marco para la "Introducción, Venta y Distribución", hicieron la adjudicación del contrato a la firma Distribuidora de Licores de Córdoba, el día 5 de junio de 1975. Para ello no fue obstáculo la advertencia que en ese momento hizo el miembro de la directiva doctor José R. Vélez cuando anotó: "*...dentro de esta licitación no puede hacerse la adjudicación por el enfrentamiento existente entre los Gobernadores de Antioquia y Córdoba*" (Cuaderno Nº 1, fl. 255. Subrayado de la Sala).

Las dificultades que entonces se generaron, los malos entendidos entre las dos administraciones seccionales que en los meses subsiguientes se gestaron, y los pasos también positivos que se dieron para solucionar el diferendo culminaron el 14 de junio de 1976, cuando los Gobernadores de Antioquia y Córdoba firmaron, entonces si, el llamado "*Convenio de Intercambio de Licores entre los Departamentos de Antioquia y Córdoba*", visible a folios 105 y siguientes del cuaderno número 1, infortunadamente, y a pesar de la claridad de sus cláusulas, tampoco fue posible que el mismo se pusiera en ejecución, pues en torno a su alcance surgió la interpretación del Gobernador de Córdoba de que se le debía hacer el despacho de los licores a John Restre-

po y la del Contralor Departamental de Antioquia, en sentido contrario. Lo cierto es que en la cláusula undécima del mismo, se pactó que: "El Departamento de Córdoba suscribirá con el distribuidor oficial de los licores de Antioquia un contrato con duración igual a la prevista en la cláusula siguiente ..." No hay la menor duda de que en este momento del tiempo físico, el único distribuidor oficial de los licores de Antioquia era Distribuidora de Córdoba. No obstante esta realidad, el acervo probatorio demuestra que Antioquia no logró superar las dificultades que sabía se le presentarían desde que decidió abrir la licitación tantas veces referida.

3º Finalmente, y como culminación de todo este proceso de errores, arrogancias y malos entendidos, los Gobernadores de los dos Departamentos pergeñaron un nuevo acuerdo orientado a permitir el intercambio de licores entre los dos entes territoriales, el cual tiene fecha 30 de enero de 1979 (Ver cable fl. 8, cuaderno Nº 2). Antioquia abrió en su momento la licitación para seleccionar un nuevo distribuidor en Córdoba y la adjudicación la hizo a la firma "Distribuidora del Sinú Limitada". Lo anterior significa, en sana interpretación de los hechos, que el error de conducta en que incurrió el Departamento de Antioquia, al abrir la licitación para la distribución de sus licores en Córdoba, creyendo imprudentemente que lo podría superar, no lo logró, generando de contera, perjuicios al contratista, sin que se pueda predicar, respecto de éste, que a su vez incurriera en errores de inexcusables.

4º La Sala no acepta la valoración fáctica y jurídica del *a quo* cuando afirma que los proponentes estaban informados de que debían someterse a las reglas que imperaban entre las secciones territoriales y que, por lo mismo, al concurrir a la licitación "...estaban enteradas que la eficacia del contrato que celebraran en caso de ser seleccionadas por Antioquia, se supeditaba a su aceptación por autoridades del Departamento de Córdoba...", como significando que en el fondo se daba una condición potestativa que hacía depender la existencia del contrato de la voluntad de un tercero. En puridad de verdad, ese no es el fenómeno jurídico que se dio. Obsérvese que el deber de la firma demandante era aceptar que se incorporaran al contrato "...las cláusulas contenidas en los convenios que celebren, o tengan celebrados los Departamentos de Antioquia y Córdoba, sobre la forma como debe operar el intercambio de licores y la distribución en los respectivos territorios" (cláusula séptima, fl. 439, cuaderno Nº 1). Ahora bien: Si no había convenio celebrado con Córdoba, como en realidad no lo había en ese momento, y si como ocurrió, no pudo ponerse en marcha ninguno, cómo exigirle a la firma demandante que cumpla con lo imposible? Para incorporar las cláusulas al contrato de 30 de junio de 1975 era indispensable, es filosofía de perogrullo, que se celebrara primero el acuerdo sobre *"Introducción, Venta y Distribución"* entre los dos entes administrativos.

Lo que ocurrió, en el caso en comento, fue que la firma Distribuidora de Licores de Córdoba sí tuvo conocimiento de que el Departamento de Antioquia tenía dificultades para concretar ese acuerdo, pero ese hecho resulta indiferente en consecuencias para ella, pues ya se dijo que está probado hasta la saciedad que él determinó licitar primero y luego contratar con el Departamento de Córdoba porque

consideró que podía superar los escollos. Ese su problema. Ese su error de conducta, en el cual no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias.

Para un caso en que se manejaron circunstancias de hecho muy parecidas a las del *sub lite*, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 11 de mayo de 1970, sentó la siguiente orientación jurisprudencial, que hace suya la Sala:

"Ubicada la responsabilidad contractual en el preciso campo de ejecución de una obligación preexistente, es obvio que la valoración de la conducta culposa del acreedor, como factor exonerante de responsabilidad para el deudor únicamente ha de referirse a los hechos u omisiones imputables a aquél y que efectivamente hayan impedido la ejecución en forma y oportuna de la prestación debida. *Así, el conocimiento que dicho acreedor haya tenido de la ineptitud relativa o de las dificultades del deudor, quien temerariamente se obligó a más de lo que podía creyendo superar tales obstáculos, es un hecho indiferente en el campo de que se trata.* El acreedor, según este vocablo lo indica, cree y confía en el deudor, a cuyo cargo está el ponderar los medios de que dispone para cumplir, so pena de incurrir en responsabilidad por imprevisión de que estos medios le fallen o por temeridad en el cálculo de sus propias posibilidades. Estas conclusiones están abonadas por la ley, la que al referirse a la culpa creditoria la circunscribe a aquellas situaciones en que dicha culpa constituye óbice para el cumplimiento mismo de la obligación..."

El cargo que se despacha pretende la liberación de responsabilidad por la mora en que incurrió el demandado Ruiz en la entrega del inmueble vendido *con fundamento en el conocimiento que pudo tener el* comprador Lora de un contrato de arrendamiento celebrado por aquél con Ospina Ortiz, quien podía no allanarse, como no se allanó, a cumplir la orden de entrega que por carta le impartiera dicho Ruiz. *Todo conocimiento evidentemente no constituyó un obstáculo para el cumplimiento de la obligación que en forma temeraria contrajo el vendedor demandado, quien así se hizo exclusivamente responsable para con el comprador insatisfecho.*

"Son elementos axiológicos de la acción indemnizatoria de perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación, a saber: a) La mora del deudor; b) La imputabilidad al mismo, por dolo o por culpa, del incumplimiento de la obligación y c) El perjuicio sufrido por el acreedor a causa de tal incumplimiento...La imputabilidad del referido incumplimiento a dicho demandado resulta del artículo 1604 *ibídem* en el cual se presume la culpa del deudor, quien así queda obligado a probar su diligencia debida según la naturaleza del contrato, o el caso fortuito o la culpa del acreedor en el incumplimiento, exonerantes de responsabilidad. En la especie *sub lite* dicho demandado no demostró su inculpabilidad, dejando así en pie la referida presunción legal en su contra, a lo que se agrega *el hecho de haber incurrido él en negligencia resulta evidente de la imprevisión con que procedió al obligarse a entregar el mismo día de la compraventa un inmueble que le tenía arrendado a un tercero, creyendo superar tal inconveniente con el envío a éste de una carta en la que le ordenaba la entrega, orden que no se cumplió...*" (Sentencia 11 de mayo de 1970. Magistrado po-

nente: Doctor Guillermo Ospina Fernández. César Gómez Estrada. Ernesto Blanco Cabrera. Ernesto Cediel Angel. Germán Giraldo Zuluaga. Enrique López de la Pava. *Gaceta Judicial* números 2326, 2327, 2328, págs. 112 y subsiguientes, Subrayado de la Sala).

Bastaría agregar a lo anterior que la Administración de Antioquia, al transitar a conciencia por el sendero de dificultades que sabía que existían en el momento en que contrató con Distribuidora de Licores de Córdoba fue creando, con sus actos propios, un deber de comportamiento que consiste, como lo enseñan los doctrinantes: "...En la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacen preveer" (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Jesús González Pérez. Editorial Civitas, pág. 117). En sentencia citada por el mismo tratadista, se lee: "La buena fe que debe precidir 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, manifestando explícitamente,tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que 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..." (Obra citada, pág. 117).

5º El Departamento de Antioquia dio lugar con su conducta a otros hechos de incumplimiento del contrato, con la sociedad demandante, cuando habiendo normalizado sus relaciones con Córdoba el 14 de junio de 1976, y finalmente el 30 de enero de 1979, contrató con la firma Distribuidora del Sinú Limitada y no se preocupó de definir previamente su situación contractual con Distribuidora de Licores de Córdoba.

Para la Sala no es de recibo la valoración del *a quo* cuando sostiene que si fue necesario celebrar un nuevo contrato con otra firma, ello se debió, en sana lógica "...a las circunstancias que se habían presentado en el seno de la propia Distribuidora de Licores de Córdoba, como era el hecho irreversible del fallecimiento de uno de los socios, Armando Mora de la Hoz, y que sus herederos en forma expresa, por escrito y acogiéndose a lo estipulado en el contrato social, manifestaron a los demás socios su voluntad de disolver la sociedad de hecho" (fl. 503, cuaderno Nº 1). La argumentación es de fachada, pues se olvida que la administración, también por negligencia, dejó pasar la oportunidad para declarar la caducidad del contrato no obstante que así lo ordenó la Junta Departamental de Rentas en su sesión del 29 de noviembre de 1976. La justificación para no hacerlo, que aparece en la nota que el asesor jurídico de la Fábrica de Licores dirigió al Secretario de Hacienda de Antioquia el 18 de enero de 1978, es inaceptable, pues se edifica sobre el temor de que Distribuidora de Córdoba. "...estaba esperando la menor oportunidad para demandar al Departamento" (ver Acta 1717, fl. 151, cuaderno Nº 1 y fl. 15, cuaderno Nº 2). No se explica el sentenciador cuál la razón, causa o motivo por la cual se consulta a juristas de nota con el fin de ajustar la conducta a derecho, pero no se siguen sus orientaciones.

A folios 27 y siguientes del cuaderno número 2 obra el concepto rendido en su momento por el doctor Jairo E. Duque Pérez, quien sugirió:

"Puede pues el Departamento de Antioquia en uso y ejercicio del derecho reservado en el pacto, disponer por medio de la correspondiente resolución motivada, la cesación del contrato y ordenar en el mismo acto, los efectos propios de tal decisión según las previsiones convencionales entre otros, la facultad que el Departamento tiene para celebrar un *nuevo acuerdo* sobre distribución de licores, o la de asumir él directamente tal cometido en la forma que a bien tenga que bien puede ser mediante convenio autónomo con el Departamento de Córdoba.

"Como el motivo que legitima la declaración de *caducidad* no constituye motivo de inejecución del contrato por culpa imputable a los miembros de la sociedad de hecho y, como por otra parte, él no induce violación de las obligaciones asumidas por el *cocontratante*, opino que no hay lugar a disponer la efectividad de la *cláusula penal pecuniaria* ni la *caución de cumplimiento*, constituida por lo multicitados señores...La sola muerte de don Armando Mora de la Hoz es motivo más que suficiente en Derecho, para la viabilidad de la caducidad..."

La administración debe tener especial celo y cuidado para ejercer, en el momento adecuado, todas las facultades exhorbitantes que tiene por mandato de la ley. Si así no lo hace, corre el riesgo de hacer manejos no coherentes, como el que se analiza, que no le son favorables cuando su conducta se somete a la valoración judicial. No tiene presentación predicar que se vio precisada a contratar con otra firma, desconocimiento los compromisos ya adquiridos, e invocando razones que ha debido hacer valer a través de la facultad que tenía para terminar unilateralmente el contrato.

6º A folios 435 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto del contrato suscrito por el Departamento de Antioquia con la firma Distribuidora de Licores de Córdoba, por el término de tres (3) años, contados a partir del 8 de agosto de 1975. El constituye, como es bien sabido, una categoría fundamental del derecho, al lado de la regla de que son sus cláusulas básicamente obligatorias *(pacta sunt servanda)*. No se demostró ni alegó dentro del proceso la existencia de vicio alguno que pudiera hacer inoperante el consentimiento, ni se cuestionó la existencia del objeto o la licitud de su causa. Descansa, pues, él en la propia voluntad de autodeterminación de cada parte contratante. Así las cosas, la administración, que irresponsablemente decidió celebrarlo, creyendo que podía superar las dificultades que supo existían en el momento en que lo firmó, está obligada a justificar la confianza que con él creo en el otro contratante. La Sala comparte la valoración del *a quo* cuando concluye que Antioquia actuó de buena fe, pues no hay elementos de juicio que permitan concluir de manera distinta. Pero lo cierto es que estuvo bordeando los límites de la culpa grave, pues el expediente a que acudió para sacar del juego de la licitación a la firma John Restrepo y Cía. es preocupante, ya que haciendo reiterados reconocimientos de que era el mejor distribuidor que Antioquia había

tenido en Córdoba, hace todo lo que era menester para que no continuara al frente de su tarea. En otras palabras, ese propósito, pergeñado, no se sabe con qué intenciones, les sembró el camino de dificultades que conocía confió superar sin que en definitiva lo lograra. Con esa misma filosofía de buena fe el *ad quem* concluye que el demandado debe comprender ahora que debe indemnizar los perjuicios causados con su comportamiento. Por eso se ha enseñado que: "El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el derecho —con independencia de cualquier mandamiento moral— tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico interindividual" (Derecho Justo. Fundamento de Etica Jurídica. Karl Larenz. Editorial Civitas, pág. 91).

7º Está, pues, debidamente acreditado que Antioquia licitó y adjudicó un contrato para seleccionar el distribuidor de sus licores en Córdoba, acto jurídico al cual se debían incorporar las cláusulas que se pactaran en "...los convenios que celebren o tengan celebrados los Departamentos de Antioquia y Córdoba, sobre la forma como deba operar el intercambio de licores y la distribución en los respectivos territorios..." (Ver cláusula décima séptima, fl. 439, cuaderno Nº 1). Es decir, que, desordenadamente en el tiempo, decidió firmar de primero lo que ha debido ser lo segundo. Y como no pudo acordarse con el Departamento de Córdoba para hacer viable la ejecución del acto jurídico que ya había suscrito, debe indemnizar los perjuicios causados, pues el demandado no acreditó que se haya registrado un fenómeno de fuerza mayor o de caso fortuito, o la presencia de causa extraña que le excuse la conducta. En esta materia debe recordarse que toda violación contractual hace presumir, no sólo la culpa del contratante incumplido, sino el perjuicio mismo. Sobre estos particulares la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reiterada ha marcado pautas de valoración jurídica y de conducta al predicar:

"*La culpa se presume a cargo del deudor* por el hecho del incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo. Ello implica que esa presunción de tipo legal, exonera al acreedor de la carga de su prueba, siendo el deudor quien debe demostrar el caso fortuito, la fuerza mayor o en general la presencia de una causa extraña a su voluntad que lo inhiba de la presunción en su contra" (*Gaceta Judicial.* Julio de 1955. Número 2155. Subrayado de la Sala).

"*La ley presume que toda infracción de contrato origina perjuicios al acreedor*, porque debiendo tener por objeto toda convención una prestación útil a ese acreedor, la violación de ella va contra el provecho que éste se propuso obtener al celebrarla.

"Se advierte dicha presunción en varias disposiciones legales, como el artículo 1615 del Código Civil..." (Casación, 8 de octubre de 1929. XXXVII, 254. Subrayado de la Sala).

D) *Cumplimiento o disposición de cumplir sus deberes jurídicos por parte de la sociedad demandante.*

No estaría completo el análisis de conducta, en el *sub lite*, sino se valorara la de la parte demandante, en los distintos momentos que se presentaron a partir de la licitación. La realidad procesal muestra, dentro de esta prespectiva, lo siguiente:

1º Que Distribuidora de Licores de Córdoba llenó todos los requisitos exigidos en el pliego de cargos, por lo cual se le adjudicó el contrato.

2º Que el respectivo acto jurídico se suscribió el 30 de junio de 1975 con todas las características del contrato de adhesión, y entró en vigencia el 8 de agosto del mismo año, esto es, en el momento en que el Tribunal Administrativo de Antioquia le impartió su aprobación.

3º Que el día 14 de agosto de 1975, reciben órdenes del Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia en el sentido de ponerse en contacto con el anterior distribuidor John Restrepo A. y Cía. con el objeto "...de verificar las existencias, organizar su traslado a sus depósitos y orientar las ventas dentro del menor tiempo posible..." (Cuaderno Nº 1, fl. 42). En esta nota se les solicita, igualmente, que inicien "...el cumplimiento de los pedidos mínimos de acuerdo con el contrato vigente".

4º Que la firma demandante hizo en septiembre de 1975, su primer pedido de 5.000 medias de aguardiente Antioqueño, que fue despachado con la factura número 6-4-00213, amparado con la guía número 5785, siendo decomisado por órdenes del Secretario de Hacienda de Córdoba, como se desprende del Acta de recibo que obra al folio 77 del cuaderno número 2.

5º Que el ocho de septiembre de 1975 el Gerente de Distribuidora de Licores de Córdoba le informa al señor Gobernador de Antioquia de los hechos ocurridos y le pide su "...intervención ante el Gobierno de Córdoba a fin de que se nos permita la venta al público de dichos licores tan pronto sean legalmente estampillados *a lo cual estamos totalmente dispuestos...*" (cuaderno Nº 2, fl. 72. Subrayado de la Sala).

6º Que el día 30 de septiembre de 1976 y según consta en el Acta número 1715 de 25 de octubre del mismo año, la Junta Departamental de Rentas conoció el texto de la carta enviada por Distribuidora de Córdoba a la Junta Directiva de la Fábrica de Licores en la cual le manifiestan:

"Nuestra firma —Distribuidora de Licores de Córdoba— fue favorecida en la licitación pública de 25 de abril de 1975, para la distribución de los productos de la Fábrica de Licores de Antioquia en el Departamento de Córdoba. Con base en lo anterior, firmamos el 30 de junio del mismo año con el Departamento de Antioquia el correspondiente contrato, llenando a plenitud los requisitos legales del caso. *El citado contrato cuyo cumplimiento lo iniciamos oportunamente y en todo momento hemos seguido, dispuestos a ejecutar, se ha visto afectado en su desarrollo hasta ahora debido a la posición del Gobierno de Córdoba, bien conocida por ustedes.* En varias oportunidades el Gobierno de Antioquia nos ha manifestado a través de sus distintos

voceros, *la decisión de respaldar y respetar nuestro contrato, como también la voluntad de suspender transitoriamente su vigencia mientras los dos gobiernos celebran un convenio definitivo. El término* o *vigencia del contrato empezaría por tanto, una vez exista una solución de fondo al diferendo entre los dos Departamentos. Por nuestra parte estamos en condiciones de cumplir lo pactado tan pronto nos informen oficialmente que el impase ha sido superado.*

No obstante lo anterior, queremos significar a ustedes que nuestra firma tiene inmovilizado el capital social y actualmente está sufragando una serie de gastos como son: Arrendamiento de local, empleados, etc.; además, tenemos retenido por el Gobierno de Córdoba el primer pedido despachando por ustedes con destino a nuestra empresa. *Sobra explicar los considerables perjuicios que nos causa esta situación.* No tenemos información de nuevas conversaciones entre los dos gobiernos, como tampoco si hay posibilidades de arreglo a corto o mediano plazo. Sería para nosotros de suma importancia, conocer el resultado de dichas conversaciones, el pensamiento del Gobierno de Antioquia al respecto, y las posibilidades de solución, si es que aún existen alternativas susceptibles de estudio.

Quedamos en espera de sus noticias, mientras nos suscribimos con toda atención. Distribuidora de Licores de Córdoba (Fdo.). Arquitecto: Gabriel Abisaad Janna" (Subrayado de la Sala).

7º Que el veintinueve (29) de noviembre de 1976, Acta número 1717 (cuaderno Nº 1, fl. 148), la Junta Departamental de Rentas supo, por información que le suministró el señor Secretario de Hacienda Departamental, que los integrantes de la sociedad de hecho Distribuidora de Licores de Córdoba sólo renunciaría "...al contrato de distribución si el Departamento de Antioquia les indemniza los perjuicios que ellos han sufrido hasta el momento..."

8º Que el 21 de julio de 1979, esto es, antes de que la Junta Departamental de Rentas adjudicara a Distribuidora del Sinú Limitada el contrato para la distribución de licores en Córdoba, el apoderado de la firma demandante se dirigió al Gobernador de Antioquia; al Secretario de Hacienda; al Contralor General del Departamento y al Gerente de la Fábrica de Licores, proponiéndoles fórmulas de arreglo del diferendo, las cuales no fueron aceptadas. Dada la importancia del referido documento en la interpretación de la conducta, se transcribe en lo pertinente. En él se lee:

"Como es de su conocimiento, previo el trámite de licitación exigido, la firma comercial 'Distribuidora de Licores de Córdoba', constituida por la sociedad mercantil de hecho que para el concurso fue formada ganó la adjudicación del contrato de distribución de licores y alcoholes producidos por el Fábrica de Licores de Antioquia, para todo el territorio del Departamento de Córdoba, en desarrollo de convenio que éste ha tenido con nuestro Departamento.

El contrato, formalizado con base en los pliegos de condiciones y en el Acta de adjudicación, estipuló una duración de tres (3) años contados a partir de su legalización (julio 30 de 1975), y previó en la cláusula vigésima séptima: "Vencido este plazo, el contrato se enten-

derá prorrogado hasta cuando se suscriba y se empiece a ejecutar otro convenio para el territorio asignado a *El Contratista* o hasta cuando *El Departamento* —Fábrica de Licores— declare extinguida la prórroga".

Pese a los esfuerzos realizados por la firma adjudicataria para lograr la superación de los obstáculos que para el cumplimiento del contrato le han impedido su ejecución, no le ha resultado hasta ahora factible atender al mercado de licores objeto del contrato. En esas circunstancias, la firma contratista se vio en la disyuntiva de formular demanda ante el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia para obtener la indemnización de los perjuicios que le han venido siendo ocasionados por el incumplimiento, no sólo por el daño emergente sino también por el lucro cesante cuya evaluación es ciertamente considerable.

Hace algunos meses aparecieron profusas publicaciones que informaban el resultado de afortunadas gestiones de ustedes para el restablecimiento del mercado de licores Antioqueños en el Departamento de Córdoba; y recientemente se dieron a conocer otras noticias sobre la efectiva reanudación de las ventas, justamente festejada. Ahora se ha anunciado que el Departamento de Antioquia ha abierto nueva licitación para el contrato de distribución para el mismo territorio del Departamento de Córdoba, lo que confirma una vez más que gracias a la diligencia y el tino de las gestiones de los personeros del Departamento de Antioquia que han puesto en lograrlo el necesario interés, se han levantado las barreras que hasta ahora y desde 1975 frenaban el contrato.

En estas circunstancias, obrando en ejercicio de la facultad de transacción que me fue conferida por la firma contratista Distribuidora de Licores de Córdoba, y con autorización expresa de sus integrantes, debo manifestar a ustedes que no ha sido ánimo de mis representados alentar una posición de litigio contra el Departamento, *sino primordialmente obtener el cumplimiento del contrato, en cuyo defecto acuden a la justicia en demanda de indemnización.* Es, por esto, por lo que me permito proponer a ustedes y por su digno conducto a la honorable Junta de Rentas Departamentales, con el respeto debido, que, considerando la vigencia actual del contrato de la mencionada distribuidora, y previos los ajustes que las circunstancias de mercadeo y de precio de los licores hacen convenientes, conforme a lo previsto en el mismo contrato, *se acoja por las partes una fecha de reanudación de su ejecución en la que se restablezcan los despachos y las ventas de los licores, de modo que, logrado ahora el cumplimiento que siempre fue pretendido por la Distribuidora, ésta aceptaría retirar en cambio y a título transaccional, sus peticiones indemnizatorias por el incumplimiento que ha venido ocurriendo.*

Confío en que, habiendo sido calificada la mencionada firma comercial en la licitación ya efectuada y siendo como es titular del contrato actualmente existente cuya ejecución se ha visto hasta ahora frustrada, en la forma que me permito proponer que apenas requeriría la interpretación de la cláusula de duración en el sentido de que el contrato se tendría como suspenso hasta su reanudación efectiva, encontraran ustedes que es, no sólo la que mejor consulta el espíritu

del contrato celebrado y de los compromisos por él contraídos por ambas partes, sino también la mejor vía para evitar al Departamento de Antioquia las graves contingencias de un litigio indemnizatorio del que mis representados gustosamente desistirían en tal evento.

Agradezco de antemano su gentil atención y me repito su respetuoso servidor, P.P. Distribuidora de Licores de Córdoba. Ignacio Mejía Velásquez. Abogado" (cuaderno Nº 1, fls. 269 y subsiguientes. Subrayado de la Sala).

Esta nota fue contestada con Oficio número 398 de 9 de agosto de 1979, dirigido por el Secretario de la Junta Departamental de Rentas al doctor Ignacio Mejía Velásquez, en la que simplemente, y sin mayores comentarios, le notifica que la citada directiva estudió la propuesta y acordó *"no acceder a su oferta"* (cuaderno Nº 1, fl. 272).

Todos los hechos que se dejan enlistados son demostrativos de la buena disposición que en todo momento tuvo la firma demandante a poner en marcha el contrato, a no atropellar al demandado con propuestas rígidas, en fin, a buscarle soluciones a las dificultades y no dificultades a las soluciones. Para quien tenga la comprensión del derecho, es fácilmente apreciable que a través de la literatura recogida en las notas en antes transcritas hay todo un anuncio de debate jurídico de fondo, pues se utilizó terminología bien significativa para dar a entender que el demandante se estaba colocando en terreno firme para discutir en proceso sus pretensiones de indemnización. No obstante esa realidad, los administradores que manejaron la situación se mostraron indiferentes, fríos, y si algo hicieron, fue reiterar a cada paso que el contrato suscrito con la firma Distribuidora de Licores de Córdoba, estaba vigente. Así se lee en el Acta número 1704 de 18 de marzo de 1976 donde la Junta Departamental de Rentas, después de analizar las propuestas que hizo el Gobernador de Córdoba para solucionar el impase, concluyó: *"...que la primera es inadmisible, dado que la sociedad Distribuidora de Licores de Córdoba fue favorecida con la licitación y por consiguiente el contrato está vigente..."* (cuaderno Nº 1, fl. 135). En igual sentido se pronuncia el Gerente de la Fábrica de Licores de Antioquia cuando le escribe el 20 de mayo de 1976 al Gobernador de Córdoba y el informa:

"1. Respecto a la negociación de Gobierno a Gobierno no es viable debido a que hay un contrato adjudicado a Distribuidora de Córdoba, el cual ha sido refrendado por el Gobierno y la Contraloría Departamental de Antioquia *y el incumplimiento por nuestra parte de este contrato nos acarrearía una demanda cuantiosa a la cual no puede someterse el Departamento"* (cuaderno Nº 2, fl. 41).

No hay dentro del informativo ni una sola prueba orientada a demostrar que Antioquia le endilgara a la firma demandante el incumplimiento de sus deberes jurídicos o le reprochara su conducta contractual. Por todas partes aparecen los altos funcionarios de la administración demandada creando con sus actos, cartas, constancias, manifestaciones, etc., circunstancias favorables para Distribuidora de Licores de Córdoba. Así, en la sesión de la Junta Departamental de Rentas del 2 de marzo de 1976, correspondió al Contralor Departamental de Antioquia esa tarea cuando expresó:

"... que reconociendo como reconoce las facultades de administradora de que está investida la Junta, su Despacho está dispuesto a acatar la decisión que se tome, *pero que mientras esté vigente el contrato de Distribuidora de Licores de Córdoba es su obligación hacer que sus cláusulas se cumplan...*" (cuaderno Nº 1, fl. 132).

Es incomprensible para el sentenciador que la administración se enrede en el manejo de circunstancias como las del caso en comento, y más aún que, como ya se anotó, no haga uso de las facultades exorbitantes que tiene por ley para solucionar dificultades. Pareciera como si en todo momento fuera convocada sólo para preparar bien la prueba en beneficio de sus ocasionales contradictores. La razón que dio el asesor jurídico de la Fábrica de Licores para no declarar la caducidad, esto es, la de que Distribuidora de Córdoba "...estaba esperando la menor oportunidad para demandar al Departamento..." (cuaderno Nº 2, fl. 15), es fruto del temor y hace recordar la expresión de Henry David Thoreau en su Journal, cuando afirmaba: "No hay nada que deba temerse más que al miedo". Los administradores, que con tanta frecuencia manejan temores infundados, deberían recordar que no están comprometiendo sus propios bienes sino los de la comunidad que, por lo mismo, demanda de ellos que no tengan temores anormales, pues estos son emocionalmente ruinosos y psicológicamente destructivos. Incomprensible además, que se tenga temor para hacerlo menos pero no para afrontar lo más.

E) *Pago de los perjuicios causados y fijación de su monto.*

a) Ya se anotó y precisó en antes que para el *ad quem* el Departamento de Antioquia actuó en este caso de buena fe. Esto explica que sólo se le condene al pago de los perjuicios directos, a la luz de lo preceptuado en el artículo 1616 del Código Civil que sobre el particular preceptúa:

"Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preeverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediatamente o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas".

En esta materia la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia también ha sido reiterada al predicar:

"El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y por estos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural e inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Estos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos

que las partes no han previsto o no han podido preveer en ese mismo momento. *De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por parte de sus obligaciones, y de estos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte"* (Casación de 29 de octubre de 1945, LIX, 748).

b) El monto de los perjuicios directos fue acreditado dentro del proceso con el experticio que obra a folios 275 y subsiguientes del cuaderno número 1 y su correspondiente aclaración. La labor de los auxiliares de la justicia se facilitó enormemente habida consideración de que en el contrato suscrito por el Departamento de Antioquia con Distribuidora de Licores de Córdoba se indicó, en la cláusula sexta del mismo, las cantidades mínimas mensuales que el distribuidor debía adquirir durante los tres (3) años de vigencia del contrato. En la ampliación del experticio, que es el que en parte sustancial aprecia la Sala, se hacen cálculos partiendo de la base de los volúmenes de venta, si el contrato se hubiese llevado a cabo. Este criterio de valoración es de recibo, pues no hay elementos de juicio que lleven a presumir el incumplimiento por parte de la firma demandante. No obstante lo anterior, la Sala encuentra fundado el reparo que el apoderado de la parte actora le hizo a los montos correspondientes liquidados en cada período, pues en puridad de verdad no hay razón que justifique el descuento del veinte 20% por concepto de impuesto sobre la renta. El pago de estos es un problema de Distribuidora de Licores de Córdoba y no hay fundamento o apoyo legal para que ese porcentaje quede en manos del ente demandado. Dentro de este marco de precisiones las eventuales utilidades de la sociedad demandante son:

Primer período. De agosto a 31 de diciembre de 1975.

Un millón trescientos ocho mil setenta y ocho pesos moneda corriente ($ 1.308.078.oo).

Segundo período. De 1º de enero a 31 de diciembre de 1976.

Tres millones setecientos noventa y nueve mil seiscientos noventa y dos pesos moneda corriente ($ 3.799.692.oo).

Tercer período. De 1º de enero de 1977 a diciembre 31 de 1977.

Cinco millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos siete pesos moneda corriente ($ 5.455.407.oo).

Cuarto período. Del 1º de enero de 1977 a agosto de 1978.

Tres millones seiscientos veintitrés mil trescientos diez pesos moneda corriente ($ 3.623.310.oo).

Total por los cuatro períodos: Catorce millones ciento setenta y seis mil cuatrocientos ochenta y siete pesos moneda corriente ($ 14.176.487.oo).

c) La parte actora solicitó en la demanda el pago de "...intereses a la rata moratoria que en el mismo proceso sea regulada..." y no impetró la indexación de la condena. Como el Departamento contrató con una empresa que tiene la calidad de comerciante, los intereses moratorios legales que deben ser pagados equivalen al duplo de los

legales comerciales. El Código de Comercio equipara estos con el interés bancario corriente (arts. 883 y 884, Código de Comercio), que por mandato de la ley fija la Junta Monetaria. Ellos deberán cubrirse a partir de abril 17 de 1978, fecha en la cual se hizo la correspondiente notificación de la demanda, y se liquidarán y pagarán con el interés bancario corriente que se certifique el día 17 de abril de 1978, sobre la suma en antes indicada, de catorce millones ciento setenta y seis mil cuatrocientos ochenta y siete pesos moneda corriente ($ 14.176.487) y hasta el momento en que quede ejecutoriada la presente providencia. A partir de este momento, se aplicará lo dispuesto en el artículo 177, inciso final del Código Contencioso Administrativo. Queda así estructurado el título ejecutivo.

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 ley,

Falla:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el día treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) proferida dentro del proceso instaurado por Distribuidora de Licores de Córdoba contra el Departamento de Antioquia, radicación ante el *a quo* número 13705 y ante el *ad quem* 4774, y en su lugar, *resuelve:*

A) Declárase que el Departamento de Antioquia —Fábrica de Licores— incumplió en su totalidad el contrato que suscribió con la sociedad mercantil "Distribuidora de Licores de Córdoba", suscrito el 30 de junio de 1975 visible a folios 441 y siguientes del cuaderno número 1, por las razones precisadas en los considerandos de la presente providencia;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena al Departamento de Antioquia —Fábrica de Licores— a pagar a la sociedad mercantil de hecho "Distribuidora de Licores de Córdoba", a título de indemnización, por los perjuicios directos causados, la suma de catorce millones ciento setenta y seis mil cuatrocientos ochenta y siete pesos moneda corriente ($ 14.176.487.oo), más los intereses legales moratorios comerciales de esta suma a la tasa vigente el diecisiete (17) de abril de mil novecientos setenta y ocho (1978), desde este momento, y hasta la ejecutoria de la presente providencia;

C) El monto líquido que así resulte devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del presente fallo y moratorios después de este término (art. 177, Código Contencioso Administrativo);

D) Sin costas por mandato de la ley;

E) Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio César Uribe Acosta, Presidente de Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Alvaro Tafur Galvis*, Conjuez .

Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INCUMPLIMIENTO BILATERAL DE OBLIGACIONES "SIMULTANEAS" Y "SUCESIVAS".

Diferencias.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinticinco de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 4994. Apelación. Actor: Pedro Amaya Durán.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de septiembre 8 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, por medio de la cual se dispuso:

"*Primero.* Declárase que el Instituto de Crédito Territorial incumplió el contrato de obra número 548 de 1981 con su contrato de prórroga y adicional celebrado con el ingeniero Pedro Amaya Durán para la construcción de las obras de urbanismo para 718 soluciones de vivienda en la segunda etapa de la Ciudadela Timanco en la ciudad de Neiva, Departamento del Huila".

"*Segundo.* En consecuencia, practicada la liquidación definitiva del contrato con sus prórrogas y adiciones conforme a la parte motiva de esta providencia, el Instituto de Crédito Territorial pagará a favor del contratista la suma de diez millones quinientos sesenta y nueve mil seiscientos sesenta y ocho pesos con ochenta y seis centavos moneda corriente ($ 10.569.668.86), suma procedente de la obra realizada con sus perjuicios materiales".

"*Tercero.* El Instituto de Crédito Territorial dará cumplimiento a la presente providencia dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, debiendo de pagar a partir de ese término intereses moratorios correspondientes al 18% anual".

"*Cuarto.* No se accede a las demás pretensiones demandadas" (fl. 217, C. 1).

I. La sentencia apelada:

1. Son fundamentos de la sentencia apelada:

"Sea lo primero resolver las excepciones planteadas por el señor apoderado de la entidad contratante y que al mismo tiempo es la demandada, y así entonces, debemos tener en cuenta que el acto de adjudicación debe entenderse como la culminación de la operación administrativa de selección del contratista por medio de la licitación pública que viene a crear una serie de derechos y obligaciones entre la administración o el establecimiento público determinado de la Nación, como es el caso en estudio, y el favorecido hasta el punto de que la etapa subsiguiente no debe entenderse sino como la instrumentación de un convenio con sujeción estricta a las bases que se tomaron en cuenta para su adjudicación y el carácter bilateral que muestra el acto mencionado impide que su régimen sea el mismo establecido para los actos estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o de plena jurisdicción, hoy llamados de restablecimiento del derecho y que están regulados por nuestro Código Contencioso Administrativo".

"Como se ve entonces, la acción instaurada no está regulada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, sino que estará sujeta al régimen general de las controversias contractuales determinadas en el artículo 87 de nuestro Código, que trata de las acciones relativas a los contratos cuando nos señala que, 'cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él'. Así entonces, las acciones contractuales administrativas estando señaladas en el Código Contencioso Administrativo en su artículo 87 ya explicado, el procedimiento a seguir está señalado en el capítulo II, artículos 217 a 220 del Código Contencioso Administrativo, por manera que con la vigencia del nuevo Código dentro de la acción propuesta es acorde con la ley, el solicitar o pedir el pronunciamiento señalado en la demanda, y por consiguiente, la Corporación no puede estar acorde con las excepciones planteadas de inepta demanda y de petición antes de tiempo".

"Debiendo conocer la Corporación a fondo sobre las pretensiones demandadas y habida consideración del acervo probatorio allegado con la demanda y practicado en el curso de proceso, se tiene que de los hechos narrados en la demanda debe y puede deducirse que el ingeniero Pedro Amaya Durán considera que el Instituto de Crédito Territorial incumplió el contrato administrativo y que debido a hechos y omisiones imputables a la entidad contratante, el contratista no pudo cumplir y ejecutar la obra".

"De conformidad al contrato 548 de 1981, que aparece del folio 2 a 8 del cuaderno número 2, como del folio 30 a 36 del cuaderno principal, el ingeniero Pedro Amaya Durán se comprometió a la construcción de las obras de urbanismo para 718 soluciones de vivienda en la segunda etapa del proyecto Timanco de la ciudad de Neiva, en el Departamento del Huila y el Instituto de Crédito Territorial a pagar en cantidades y precios unitarios el valor total de cuarenta y un millón cuatrocientos cuarenta y seis mil sesenta y siete pesos con ocho cen-

tavos ($ 41.446.067.08) de conformidad a la propuesta de licitación pública número 074 de 1981, y en cuanto a la forma de pago la entidad ahora demandada, debería de pagarle al contratista un primer contado como anticipo correspondiente al 40% del valor básico del contrato, o sea la suma de $ 16.578.426.83 y el resto en contados sucesivos mediante cuentas de cobro mensuales que se elaborarían dentro de los diez primeros días del mes siguiente a la ejecución de las obras y para hacer efectiva la última cuenta del contrato debería de acompañarse el acta de recibo y liquidación final firmada por el Contratista, la Auditoría Fiscal, el Interventor y el Director Regional del Instituto".

"Referente al desarrollo y ejecución de la obra se pactaron 26 semanas, debiendo el contratista iniciar obras dentro de los diez días siguientes al perfeccionamiento del contrato, pudiendo el Instituto conceder ampliación del plazo, pero solamente por causas no imputables al contratista, por el aumento autorizado por el Instituto de la cantidad de la obra, por cambios de especificaciones ordenadas y autorizadas por el Instituto, como también por la fuerza mayor debidamente comprobada, casos en los cuales la prórroga debía ser solicitada por escrito y por lo menos con quince días de anticipación al vencimiento del plazo vigente pactado. Ese plazo adicional debía ser convenido por las partes y consignado en contrato adicional que debía ser firmado por el contratista, el interventor y el director regional, quien debía tener el previo visto bueno del Consejo Asesor Regional (arts. 6.03 y 6.04)".

"En cuanto al contrato en ejecución de las obras, el contratista debería reconocer como representante del Instituto al interventor nombrado por el Instituto, quien ejercería esa interventoría de conformidad al manual de Interventoría de la misma Institución, y en las diferencias que se pudieran presentar debían ser resueltas respectivamente por el Director Regional y en desacuerdo lo sometería a la Gerencia General, o Junta Directiva Nacional".

"El contrato originalmente pactado, tuvo una prórroga en su plazo y un primer contrato adicional por obra nueva realizada, y es así como esa primera prórroga, siendo denominada bajo el número 01 de 1982 celebrada el 3 de agosto de ese año, que aparece en el folio 115 del cuaderno número 1 enviado por el Instituto de Crédito Territorial, como en el folio 5 del cuaderno número 3, documento en el cual quedó como fecha de terminación del contrato en lugar de septiembre 2 de 1982, el día 13 de diciembre de ese año y dentro de los considerandos plasmados en el documento se dice: '1. Que de conformidad con el artículo 6.03 el contratista solicitó una prórroga de 26 semanas para la ejecución de las obras, argumentando demora en la cancelación total del anticipo, del cual sólo se ha pagado hasta la fecha $ 4.578.426.83 adeudándose $ 12.000.000.oo para un total de $ 16.578.426.83; 2. Que el Consejo Asesor Regional según Acta número 004 de julio 21 de 1982 recomendó al Director Regional conceder veintiséis (26) semanas de prórroga solicitadas por el contratista, teniendo en cuenta el motivo expuesto anteriormente; 3. Que en consecuencia la Gerencia General según Télex número 14232 de julio 16 de 1982 autorizó la prórroga solicitada a partir de junio 14 de 1982 hasta diciembre 13 de 1982 para la terminación de las obras; 4. Que el contratista se obliga a ampliar la cuantía y vigencia de las pólizas que hace referencia el mismo contra-

to...' Este contrato tal como lo estipulaba el contrato original, fue suscrito por el Director Regional, el Jefe de la División Técnica, el Interventor, el Contratista y el Auditor Regional".

"Referente a las partes que intervinieron en el contrato original, en el de prórroga y en el adicional, habida consideración de que el contrato se firmó en diciembre 4 de 1981 y que el Acta de iniciación de obra fue a partir del 4 de marzo de 1982, el Jefe de la División Técnica, durante todo el curso del contrato fue el doctor Antonio Osorio Osorio, como también el doctor Augusto Ibagón B. interventor de la obra, y como Director Regional durante el curso del contrato primeramente lo fue el doctor Jaime Segura Carvajal, luego a partir de noviembre de 1982 el doctor Ernesto Cardozo Camacho, y finalmente en el año 83 el doctor Jairo Vanegas Castro".

"Las obras se iniciaron mediante el acta correspondiente en marzo 4 de 1982 y que aparece en el folio 174 del cuaderno número 1 enviado por el Instituto de Crédito Territorial como en el folio 1 del cuaderno número 3, oportunidad en la cual el contratista inspeccionando el terreno lo recibió de parte del Instituto para la iniciación correspondiente y en el folio 178 del cuaderno número 1 ya dicho y con la misma fecha de 4 de marzo del año 82, aparece la apertura de cuenta corriente en el Banco Central Hipotecario de la ciudad en relación con el anticipo de la obra, lo que sin duda alguna para la Corporación, habiéndose iniciado las obras el 4 de marzo del año 82 su terminación sería en septiembre del mismo año, concretamente en el día 2 del mes mentado".

"En cuanto hace al cumplimiento o al incumplimiento del anticipo a que estaba comprometida la entidad contratante, si nos atenemos al informe del Jefe de la División Técnica para el Director Regional en el memorando 0255 de mayo 19 de 1982 que aparece al folio 150 del cuaderno número 1 enviado por el Instituto de Crédito Territorial, se habla del atraso o incumplimiento de los pagos de las sumas de anticipo, lo que provoca la nota memorando dicha y para esa época el contratista sólo había recibido la suma de $ 4.000.000.oo como anticipo en lugar de los $ 16.578.426.83 si tenemos en cuenta el documento que aparece al folio 109 del mismo cuaderno. Lo anterior, provoca la solicitud de prórroga de parte del contratista; dirigida al interventor en fecha junio 3 de 1982 y que aparece a los folios 143 y 146 del cuaderno número 1 dicho, con lo cual se consigue la prórroga en el plazo del contrato original hasta diciembre 13 de 1982, tal como aparece en el documento pertinente del folio 115 del cuaderno número 1 y del folio 5 del cuaderno número 3. En cuanto a ese incumplimiento, la Sala considera que siguió persistiendo esa misma circunstancia luego de la prórroga del contrato, porque debiendo terminar en diciembre 13 de 1982, sólo se le pagaron anticipos al contratista en julio 15 de ese año y en agosto 18 para finalmente la entidad contratante completar ese anticipo al contratista en noviembre 4 de 1982 en suma de $ 10.000.000.oo cuando faltaba solamente treinta y nueve días para la terminación del contrato entendiéndose laborables y festivos, es decir, que el término de días que faltaba para la terminación del contrato, era corrido de treinta y nueve días".

"Ese incumplimiento persistente en la entidad contratante, provocó el informe del contratista a la Gerencia General en octubre 5 de

1982 que aparece al folio 112 del cuaderno número 1, oportunidad en la cual dice: 'Por contrato de diciembre de 1982, el suscrito ingeniero contrató con el Instituto de Crédito Territorial, con plazo de 26 semanas, obras de urbanismo correspondiente a 718 soluciones en el barrio Timanco, segunda etapa, de esta ciudad. Por el mismo contrato el Instituto de Crédito Territorial adquirió el compromiso de pagar al contratista, como anticipo (art. 3.01, ordinal 4) la suma de $ 16.578.426.83, una vez se hubiere perfeccionado el contrato y presentado la cuenta de cobro respectiva. El Instituto de Crédito Territorial no ha cumplido esta parte del contrato y sobre dicho anticipo ha abonado hasta la fecha la siguiente suma: Marzo de 1982 $ 3.000.000.oo, abril de 1982 $ 1.000.000.oo, julio de 1982 $ 578.426.oo y agosto de 1982 $ 2.000.000.oo ... con las sumas suministradas al contratista y algunas más de su propio peculio se ha ejecutado obra por valor aproximado a los $ 9.000.000.oo. Además ha sido necesario otorgar garantías por la totalidad del anticipo por el plazo inicial del contrato y sus prórrogas ... Creo de la mayor importancia informarle que el contratista se verá en necesidad de paralizar los trabajos en el plazo muy corto de no ser posible corregir los factores que han llevado a la actual situación' ".

"La nota anterior, provocó el memorando del señor Gerente Regional para el Jefe de la Oficina Jurídica Nacional del Instituto de Crédito Territorial, que aparece a los folios 61 y 109 del cuaderno número 1 y que corrobora el informe del contratista para la Gerencia General en cuanto al incumplimiento del anticipo. Igualmente si se observa el folio 101 y 49 del cuaderno número 1 y con fecha de noviembre 29 de 1982, se tiene el concepto del interventor de la obra dirigida al Jefe de la División Técnica que textualmente dice: 'En referencia a la solicitud efectuada por el contratista Pedro Amaya Durán en carta de noviembre 22 de 1982, me permito manifestarle que encuentro plenamente justificado los motivos expuestos en él, para la ampliación en 26 semanas del plazo del contrato en referencia a partir de diciembre 13 de 1982, fecha de terminación de las obras según el contrato modificatorio por prórroga número 01. En consecuencia y en caso de concederle la 2ª prórroga, la nueva fecha de terminación del contrato sería: Junio 13 de 1983' ".

"También aparece al folio 97 del cuaderno número 1 la solicitud de prórroga solicitada por el contratista al interventor de la obra en fecha noviembre 22 de 1982 dando como razones el que sólo se le ha pagado el 40% del anticipo y el 60% restante en noviembre 8 de ese año. Igualmente el que no se le ha cancelado ninguna cuenta por obra ejecutada ni por las obras adicionales. Esta solicitud provocó el concepto favorable a la prórroga de la División de Supervisión de Obras dirigida a la Oficina Jurídica, dependencias estas de la Oficina Central de Bogotá y de fecha enero 13 de 1983; como también el concepto favorable de la oficina jurídica, nacional para que se le prorrogara por segunda vez el contrato original al contratista en relación con el plazo, dictamen que termina expresando que, 'para el caso objeto de la consulta es procedente prorrogar el contrato 548 de 1981 previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para la situación en particular' ".

"Así entonces, hecha por la Corporación la historia escalonada conforme al acervo probatorio del cumplimiento o incumplimiento de

parte de la entidad ahora demandada, si bien es cierto que en cuanto al anticipo, puede aceptarse una purga en la mora presentada, al concederse la primera prórroga al contrato, esa morosidad siguió persistiendo luego de la firma de la prórroga y el desarrollo y ejecución de las obras, luego de esa prórroga, de tal manera que solamente faltando escasamente un mes para la terminación de la prórroga del contrato, el Instituto de Crédito Territorial le debía al contratista más del 60% del anticipo. A lo anterior se le puede sumar igualmente el no pago oportuno de las cuentas de cobro por obra ejecutada, y esa convicción llevó al Departamento Jurídico no sólo Regional, sino Nacional, a conceptuar favorablemente a una segunda prórroga, que de conformidad al contrato 548 de 1981, no era necesario, en consideración de esta Corporación, del visto bueno de la Gerencia General, porque en el contrato estaba pactado que la prórroga se podía celebrar y llevarse a cabal término con la firma del Director Regional, del interventor de la obra, y del contratista, siempre que estuviera el visto bueno del Consejo Asesor Regional como evidentemente ocurrió".

"Así las cosas, la entidad contratante no podía hacer uso de las cláusulas exorbitantes, porque dentro del proceso está plenamente demostrado que el contratista estuvo listo a cumplir el contrato y llevó a cabo la ejecución del mismo aún a costa de su peculio, cuando en esta clase de contratos, sin duda alguna debe entenderse, el anticipo pactado, como una verdadera financiación de la obra. No le era entonces dable a la entidad contratante sino de prorrogar nuevamente el contrato, habida consideración de que para la solicitud de prórroga, el contratista cumplió con las normas del contrato al solicitar la prórroga con antelación a la finalización del mismo; y por las causas justificativas no atribuibles al contratista, sino al contratante, pero como evidentemente de manera exegética la Dirección Central del Instituto de Crédito Territorial, al estudiar la prórroga solicitada se dio cuenta de la terminación del plazo, que se repite, no puede imputarse al contratista, se optó por la liquidación, habida consideración de que no puede un contrato de obra pública prorrogarse o adicionarse si está vencido, circunstancias ante la cual lamentablemente sólo le quedaba la liquidación final del mismo contrato, la que debe practicarse de común acuerdo entre las partes contratantes, ya que esa liquidación final debe reflejar el estado general de las obras realizadas por el contratista, como el valor total de los pagos hechos por la entidad contratante, es decir, se trata de un ajuste general de cuentas que en un momento determinado puede presentar saldo a favor de la entidad contratante, o del contratista, como también resultar en ceros o equilibrada la liquidación. Ante la primera circunstancia y para que pueda prestar mérito ejecutivo a favor de la entidad contratante, esa acta de liquidación final debe estar firmada igualmente por el contratista y si no se presenta esa firma se puede acudir a la firma del interventor".

"También puede presentarse que el contratista firme el acta con observaciones por las cuales disienta de la misma o no firmarla por no estar acorde con ella, circunstancia ante la cual debe acudirse a la jurisdicción contencioso administrativa".

"Al practicarse en el caso estudiado la liquidación final, habida consideración del incumplimiento de la entidad contratante, tal como

lo hemos expuesto con anterioridad, debe tenerse en cuenta la totalidad de la obra ejecutada conforme al contrato original, a las prórrogas sobre el mismo contrato como igualmente teniendo en cuenta los contratos adicionales, todo lo cual con los reajustes correspondientes, los materiales dejados en obra del contratista, la obra ejecutada no contemplada en el contrato hasta cuando el contratista cesó las labores por orden del contratante con los reajustes correspondientes, como igualmente la bonificación contemplada en el artículo 404 para lo cual la Corporación estima que debe apoyarse en el experticio de los señores peritos que aparece a folios 116 a 151 del cuaderno principal, en donde deben estimarse igualmente los perjuicios materiales e indemnizaciones señalados por los mismos expertos, a excepción de los perjuicios morales que en consideración de la Corporación no se ajustan para el caso en estudio, porque previamente se les va a reconocer un mayor valor por la obra no ejecutada y la utilidad dejada de percibir como igualmente los gastos y costos que le han ocasionado al contratista el de recurrir a la vía contencioso administrativa".

"De conformidad a lo anterior, la liquidación final del contrato viene a quedar de la manera siguiente":

"Por obra ejecutada por el ingeniero Pedro Amaya Durán lo siguiente":

a) Contrato 548 de 1981	$ 27.438.704.81
b) Por contrato adicional	1.462.401.16
c) Por obra total ejecutada no contemplada en el contrato	1.095.608.72
d) Por valor reajuste Cuenta Nº 10	1.457.941.81
e) Por valor reajuste Cuenta Nº 14	1.120.281.34
f) Por valor reajuste Cuenta Nº 16	460.352.33
g) Por valor reajuste Cuenta Nº 18	495.672.47
h) Por valor reajuste de mayo de 1983	2.668.847.28
i) Por bonificación artículo 404	423.933.19
j) Por reajuste de obra no contemplada	295.399.87
k) Por reajuste de materiales en obra	192.097.42
Suma total obra ejecutada	$ 37.757.380.40"

"El valor de los dineros cancelados al ingeniero contratista son los siguientes":

Por valor anticipo del contrato	$ 16.578.426.83
Por valor Cuenta número 6 de octubre 14 de 1982	569.980.18
Por valor Cuenta número 7 de octubre 14 de 1982	3.818.009.24
Por valor Cuenta número 8 de noviembre 8 de 1982	31.141.04
Por valor Cuenta número 9 de	

noviembre 9 de 1982	819.557.20
Por valor Cuenta número 10 de noviembre 10 de 1982	1.457.941.81
Por valor Cuenta número 11 de diciembre 3 de 1982	901.748.62
Por valor Cuenta número 12 de diciembre 3 de 1982	72.863.78
Por valor Cuenta número 13 de enero 17 de 1983	3.692.103.56
Por valor Cuenta número 14 de enero 17 de 1983	1.120.281.34
Por valor Cuenta número 15 de febrero 9 de 1983	1.101.832.48
Por valor Cuenta número 16 de febrero 8 de 1983	460.352.33
Por valor Cuenta número 17 de marzo 11 de 1983	1.532.217.81
Por valor Cuenta número 18 de marzo 11 de 1983	495.672.47
Total valor de las sumas pagadas al contratista	$ 32.652.128.69
Saldo a favor del contratista Pedro Amaya Durán	$ 5.105.251.71"

"A la suma anterior, se le deben agregar como perjuicios materiales e indemnizaciones el mayor valor a pesos de 30 de septiembre de 1985 en suma de $ 2.251.463.27; como utilidad a pesos de mayo de 1983 por la obra no ejecutada la suma de $ 1.695.732.78; el mayor valor de utilidad no percibida por el contrato en suma de $ 1.267.221.10 y como gastos y costos del presente juicio la suma de $ 250.000.oo lo que da una suma total de $ 10.596.668.86".

"La Corporación al acoger el dictamen de los señores peritos lo hace porque lo considera ajustado a la realidad del proceso y habida consideración de que la entidad contratante efectuó tres liquidaciones finales en junio 15 de 1983, en agosto 18 del mismo año y en julio 9 de 1984, las que aparecen respectivamente en los folios 43 del cuaderno número 4, 240 y 241 del cuaderno número 2; en el folio 29 del cuaderno número 3 y en los folios 73 a 101 del cuaderno número 2, y quienes guardan la misma proporción o cantidad en cuanto a las sumas pagadas al contratista; y en relación al experticio y en cuanto a la obra ejecutada, también guardan relación con una diferencia que es propia en razón a las variadas instrucciones que recibieran del Instituto de Crédito Territorial en su sede principal en la ciudad de Bogotá, en cuanto a la liquidación final, pero que si se analizan desprevenidamente en consideración de la Corporación. le dan la razón al experticio de los señores peritos".

"Referente a los reajustes solicitados por desvalorización de la moneda, tal como lo determina el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, la Corporación estima que sólo podrán determinarse cuando se tenga como base el índice de precios al consumidor o al por mayor y dentro del proceso de parte interesada no hizo uso de los medios señalados en la ley, necesarios para la prosperidad de esta petición, por lo que la Corporación no los tendrá en cuenta".

"En cuanto hace relación a los intereses moratorios solicitados y teniendo en cuenta el artículo 176 del Código comentado, si dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia no se ha cumplido con la ejecución de la misma, la entidad demandada, Instituto de Crédito Territorial pagará intereses por la suma determinada correspondiente al 18% anual" (fls. 205 a 217, C. 1).

II. La sustentación del recurso:

A. *Por la parte demandada.*

Dice así, en memorial en el que interpuso el recurso:

"a) El honorable Tribunal Administrativo en su providencia fechada el ocho de septiembre de este año, al fallar las excepciones propuestas en la contestación de la demanda (fls. 205 a 206) analiza la de inepta demanda pero no lo hace con la de petición antes de tiempo, no obstante la cual se pronuncia desfavorable en ambas para la entidad, siendo el fundamento totalmente diferente para las dos excepciones, pues en la primera se toman en cuenta aspectos procedimentales, mientras que la segunda, o sea la de petición antes de tiempo, se fundamenta en el hecho de que no existe el acto administrativo, esto es, la liquidación unilateral que se pretende sea declarada sin efecto jurídico vinculante, sobre lo cual no solamente se hizo claridad en el escrito de contestación de la demanda, sino en el alegato de conclusión, en el cual se dijo, que no obstante haberse elaborado un acta de liquidación que el contratista se negó a firmar, no pasó de ser un mero proyecto de acta pues no fue aprobada por la Subgerencia de Construcciones, requisito indispensable para la validez del acta de liquidación como lo determina el artículo 9º, numeral 15 de la Resolución 2507 de 1980, emanada de la Gerencia General del INSCREDIAL, según el cual cuando el valor del contrato supera la cuantía de la delegación dada a los Directores Regionales para contratar, estos deben elaborar las actas de liquidación final y someterlas a revisión y aprobación de la Subgerencia de Construcciones, salvo que el Gerente General, para un caso específico les delegue esta función. La cuantía en este caso es de $ 10.000.000.oo, según el artículo 9º, numeral 9º, de la Resolución 2507 antes citada. Al no impartirse la aprobación por parte del Subgerente de Construcciones, quien era el funcionario autorizado para hacer la liquidación, como lo dispone el artículo 192 del Decreto 150 de 1976, norma aplicable al contrato en litigio, según el cual la liquidación debe realizarla el representante legal de la entidad o la persona a quien éste delegue por resolución, en este caso, el Subgerente de Construcciones del INSCREDIAL, no puede hablarse de existencia del acto jurídico que se pretende dejar sin efecto. Estas normas las conocía el contratista demandante como lo declaró en el artículo 11.01 del Contrato 548 de 1981";

"b) Como se expresó en el alegato de conclusión el demandante en ningún momento probó que se hubiera presentado mora en el pago de la obra ejecutada, pues las cuentas se fueron pagando conforme el contratista las fue presentando. Si el contratista no presentó las cuentas oportunamente, ello no le da mérito para afirmar que el INSCREDIAL incurrió en mora en el pago pues según el artículo 1609 del Código Civil, en los contratos bilaterales para que uno de los contratistas esté en mora el otro debe haber cumplido sus obligaciones; o sea que en el caso *sub lite*, para que el contratista pudiera alegar mora en el pago por parte de la entidad demandada ha debido acreditar que presentó oportunamente las cuentas de cobro por la obra ejecutada y que el INSCREDIAL no las canceló a su debido tiempo, cosa que no sucedió pues del análisis del dictamen de los peritos contadores se concluye que el Instituto fue cancelando las cuentas en la medida en que el contratista las fue presentando";

"c) Como se dijo en el alegato de conclusión, el contratista demandante incumplió el contrato 548 de 1981 en sus cláusulas 7.01, 7.08 y 7.10, cláusulas estas que nada tienen que ver con el cumplimiento en el tiempo, sino con la obligación del contratista de ejecutar las obras conforme a lo pactado; responsabilidad por las obras ejecutadas y obligación de demoler o reparar las obras mal ejecutadas; este incumplimiento, especialmente en lo relacionado con las obras mal ejecutadas; se encuentra palmariamente demostrado al analizar las diferentes piezas procesales, en especial oficios enviados por las Empresas Públicas de Neiva al INSCREDIAL y por éste al contratista, exigiendo la corrección de las fallas encontradas por las Empresas Públicas, para que estas recibieran las obras ejecutadas; entre tales oficios podemos citar los siguientes: Por parte del INSCREDIAL: RHUI-DT número 00678 de diciembre 7 de 1982, visible al folio 48 del cuaderno número uno (1) enviado por el INSCREDIAL, Huila; DSO número 16120 de junio 14 de 1983; RHUI-DT número 000404 de agosto 16 de 1983; RHUI-DT número 000458 de septiembre 15 de 1983; RHUI-DT número 000494 de octubre 5 de 1983 y télex 26633 de octubre 3 de 1983 de la Subgerencia de Construcciones para la Regional Huila, visibles a los folios 300, 279, 276, 266 y 267 del cuaderno de pruebas número dos (2) enviado por el Instituto de Crédito Territorial, Regional Huila, Oficio número 118 de septiembre 12 de 1983 y oficio sin número de septiembre 26 de 1983, enviados por las Empresas Públicas de Neiva, al INSCREDIAL, visibles a los folios 270 y 268 del cuaderno dos (2) de pruebas antes mencionado".

"En todos los oficios y télex citados se solicitaba al contratista hacer las correcciones necesarias para que las Empresas Públicas recibieran las obras, cosa que el contratista no hizo, viéndose el Instituto en la necesidad de ejecutarlas a sus expenzas para poder hacer entrega a las Empresas Públicas. Este incumplimiento del contratista hizo que el INSCREDIAL al elaborar el acta de liquidación no reconociera al contratista el valor de tales obras, circunstancia que originó la negativa del contratista a firmar el acta de liquidación".

"Este incumplimiento del contratista es desde el punto de vista reprobable pues el hecho de que el INSCREDIAL le hubiera incumplido en el pago del anticipo, mora que él purgó al firmar el contrato de prórroga, en ningún momento lo facultaba para proceder con la mala fe que lo hizo al negarse a realizar los arreglos del caso".

"Estos hechos no fueron objeto de análisis por parte del honorable Tribunal al proferir la sentencia, habiéndose limitado solamente a estudiar los planteamientos de la actora, lesionando con tal proceder los intereses de mi mandante pues no debió ser condenado al pago de obras no ejecutadas o mal ejecutadas";

"d) Para practicar la liquidación definitiva el honorable Tribunal lo hizo teniendo en cuenta la totalidad de la obra ejecutada, sin descontar la defectuosa y la que había sido objeto de observaciones por parte de las Empresas Públicas, fundamentándose para ello en que el INSCREDIAL había incumplido el contrato, afirmación totalmente lesiva del principio de la buena fe con que las partes deben actuar en la ejecución de los contratos, pues deja a la administración en manos del contratista para con la buena o mala fe que le plazca cuando, por cualquier circunstancia, no se le pueda cancelar oportunamente alguna suma de dinero".

"Dice el fallo que para la mencionada liquidación se acogió el experticio pericial (fls. 116 a 151 del cuaderno principal), habida consideración de que la entidad contratante efectuó tres liquidaciones analizadas las cuales y el experticio dan razón a los señores peritos (fl. 216, cuaderno principal). Pues bien, de tales liquidaciones, sólo dos, la de junio 15 de 1983 y la de julio 9 de 1984, fueron practicadas por el INSCREDIAL y están firmadas por todas las personas que en ellas intervinieron, menos por el contratista; la de agosto 18 de 1983 no fue practicada por el INSCREDIAL, sino por el contratista, razón por la cual únicamente aparece con su firma, quien la envió al Instituto con oficio remisorio de agosto 19 de 1983 que obra en el cuaderno dos (2) enviado por el INSCREDIAL del Huila; esta liquidación fue la acogida por los peritos en su experticio y por el Tribunal en su liquidación final, sin mayor análisis de los diferentes *ítems*";

"e) La condena es violatoria del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, según el cual solamente hay condena en costas para el litigante particular vencido en el proceso. Esto se da porque si bien es cierto que en la parte resolutiva no se está condenando expresamente en costas a la entidad demandada, también es cierto que dentro de los $ 10.569.668.86 está incluida la suma de $ 250.000.oo 'como gastos o costas del presente juicio' (fl. 216, cuaderno principal), lo cual es una muy bien disimulada condena en costas, que a todas luces es ilegal" (fl. 221 fte. a 223 fte.).

B. *Por la parte demandante.*

La parte actora se adhirió al recurso de apelación, pero so pretexto de sustentar el recurso, sólo dijo:

"5. La cuantía razonablemente señalada en la demanda como ya se indicó, fue de 18.000.000.oo de pesos, la condena producida es apenas de 10.569.668.86".

"6. La apelación adhesiva procede, tal como en el caso que nos ocupa cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, y debo anotarlo, en lo que resulte desfavorable de la sentencia, vale decir algunas de las pretensiones negadas y la cuantía de la condena, que aparece menor que la demandada".

"7. Para efectos probatorios y procesales, me remito a la totalidad del proceso comentado".

"8. Primordialmente deben tenerse en cuenta los experticios de peritos, arrimados al expediente en la primera instancia, para efectos de determinar la cuantía verdaderamente justa para los intereses que represento" (fl. 231, C. 1).

C. *Alegato de conclusión de la parte actora.*

Dice:

"... 4. En la situación procesal comentada, encuentro necesario plantear con todo respeto, de manera simple, que la inconformidad para la apelación adhesiva interpuesta, es tan sólo la de la cuantía que estimamos muy baja dadas las cifras de dinero, los conceptos reclamados, y las pruebas aportadas —la de peritos principalmente—, que demuestran el quebranto económico real sufrido por mi representado y del que es causante único el Instituto de Crédito Territorial, y su cuantía suficientemente tasada por el honorable Tribunal. Por lo tanto, con todo respeto solicito se atiendan nuestros argumentos en el sentido de aumentar el valor de la condena, por lo menos, a 18 millones de pesos, suma en la que se recogería el monto verdadero de las obras adicionales ejecutadas por el contratista en obedecimiento a órdenes del Instituto de Crédito Territorial, su mayor permanencia al frente de la obra, que le obligó a sobrellevar costos administrativos y financieros de los que no ha sido resarcido y menos remunerado y soportar costos más altos en materiales y mano de obra incurridos, amén de haber perdido toda posibilidad lícita, en este enojoso negocio, de haber obtenido una mínima utilidad y, antes bien, recibido del Instituto de Crédito Territorial befa, y dilaciones y disgustos, sin cuento, intranquilidades, y perjuicios".

"5. a) Los argumentos de la contraparte de que el ingeniero contratista aceptó el fraccionamiento y la mora en los pagos, primordialmente en el cubrimiento del anticipo; son verdadero sarcasmo al cual, para conservar la calma, es mejor no profundizar";

"b) Por otra parte, las famosas 'prórrogas' del contrato, formalmente, pueden tener la apariencia que se quiera, pero es de público notorio conocimiento que corresponden a la negligencia, falta de seriedad administrativa, falta de pago oportuno e incumplimiento sistemático y grave del contrato por parte de la contratante, Instituto de Crédito Territorial quien se las impuso al contratista. Los autos son definitivos en demostrarlo así, y hasta el propio Instituto de Crédito Territorial lo reconoce y acepta paladinamente como se puede ver en los oficios con los que se agotó la vía gubernativa".

"6. Resumen de lo dicho es: *Primero:* El de solicitar respetuosamente que la condena se fije en la cantidad de dieciocho millones de pesos moneda corriente ($ 18.000.000.oo) atendiendo con ello la demanda y en consonancia con la experticia firme, de peritos Ingenieros Civiles, visible a los folios 116 a 151 del cuaderno principal. Las sumas de dinero serán actualizadas, además".

"*Segundo:* Subsidiariamente de lo anterior, solicito se confirme la sentencia materia de la alzada y tal como fue proferida, es decir, íntegramente" (fls. 236 y 237, C. 1).

D. *Alegato de conclusión de la parte demandada.*

"El demandante Pedro Amaya Durán celebró con el Instituto de Crédito Territorial, el contrato 548 de 1981 para la construcción de 718 obras de urbanismo en la ciudad de Neiva en un plazo de 26 semanas que en ningún momento cumplió apesar de las prórrogas concedidas y de los requerimientos del Instituto para el cumplimiento de lo pactado. Sin embargo el demandante afirma que quien incumplió fue la entidad demandada, con argumentos que no ofrecen sólido respaldo jurídico, puesto que aparece plenamente demostrado el incumplimiento del demandante desde la iniciación de la obra".

"Sobre el incumplimiento planteado por el demandante y las pruebas fehacientes del Instituto donde lo requiere insistentemente para que cumpla con el contrato 548 de 1981 terrenos que las Empresas Públicas de Neiva se negaron a recibir las soluciones porque el contratista no había cumplido con el contrato, porque las obras no estaban terminadas, o con defectos notorios todas, que no permitían recibirlas, entonces no es el Instituto quien incumplió sino el demandante, pues probado está que la entidad canceló los dineros al contratista en la medida que iba presentado sus cuentas".

"El hecho de que el Instituto en un principio no entregó el anticipo, posteriormente lo hizo, sin que el demandante Pedro Amaya Durán hubiese puesto resistencia, por el contrario, posteriormente de común acuerdo con la entidad suscribieron prórrogas sobre el mismo contrato. Pero si de incumplimiento se trata, la honorable Corte Suprema de Justicia interpretando el espíritu del artículo 1546 del Código Civil dijo en fallo de 25 de marzo de 1950":

"'Caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil" y continúa la Corte":

"'Si todas las partes incumplen, ninguna tiene tales acciones. Por tanto, se rectifica la doctrina de la Corte en este preciso punto en cuanto sostuvo en sentencia atrás que cuando ninguno de los contratantes cumplía cualquiera de ellos podría demandandar la resolución".

"Se insiste en esta hipótesis, o sea, cuando ni la ley ni la Convención Bilateral señalan orden de ejecución, o en otros términos, cuando las obligaciones recíprocas deben ejecutarse simultáneamente, si ambos contratantes incumplen, ninguna tiene la acción de resolución o la de incumplimiento' ".

"Planteado así, la posición del demandante, de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil y la doctrina de la Corte, el Instituto no incumplió, sino el contratista, pero ambas partes contratantes se han elevado quejas, demostrada la primera contra el contratista, pues

al través del proceso aparecen las diferentes comunicaciones y las que el demandante endilga contra la entidad, entonces, en presencia de lo expuesto por la honorable Corte Suprema de Justicia ninguna incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales".

"Igualmente reitero y me remito a lo expuesto en el memorial sustentatorio de apelación de fecha 24 de septiembre de 1986 ante el honorable Tribunal Administrativo del Huila, donde se hacen precisiones concretas que no se tuvieron en cuenta al proferir la sentencia fechada el 8 de septiembre de 1986, donde se condenó al Instituto a pagar al demandante la suma de diez millones de pesos, pues como se viene exponiendo la entidad cuya representación tengo no incurrió en incumplimiento en la ejecución del contrato 548 de 1981 con el señor demandante Pedro Amaya Durán" (fl. 234 fte. y vto.).

III. El concepto fiscal:

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2º de la Corporación, conceptuó que la sentencia apelada debe ser confirmada, por las siguientes razones:

"Con respecto a la primera de las objeciones que trae el recurrente, relativa a la petición antes de tiempo, debe observarse que en la demanda con que se inició el proceso y que aparece anexada a folios 3 y siguientes del cuaderno principal, por no aceptar el proyecto de liquidación que en principio hizo la administración, se pide precisamente: 'Que se declare la resolución definitiva y se ordene la liquidación del contrato 548 de 1981 y sus adicionales y/o contratos modificatorios...'"

"Realmente, a folios 28 y siguientes del fólder azul número 2, así como a folios 50 y siguientes del mismo volumen, aparece un documento titulado Acta de Recibo y Liquidación Final de fecha 9 de julio de 1984 que bien puede ser un proyecto de liquidación pues como lo afirma el apelante, no fue aprobado por las directivas del Instituto".

"El actor pues, no solicita la nulidad de la liquidación, como lo dice el recurrente, sino que solicita que ésta se realice".

"El representante de la administración también alega que hubo obra mal ejecutada y que la sentencia no se refiere a ella, para ordenar los descuentos".

"Al respecto, debe anotarse que la administración tenía o tiene, según el tiempo transcurrido, la facultad de hacer efectiva la póliza de garantía de estabilidad de la obra".

"A folio 84 de un documento anexo (sin carátula) aparece un Memorando suscrito por el Subgerente de Construcciones del Instituto en donde admite haber recibido unas redes, al mismo tiempo que observa la necesidad de repararlas. Para concluir afirmando: 'Teniendo presente las anteriores consideraciones esta Subgerencia solicita a la Oficina Jurídica Nacional se sirvan hacer efectiva la póliza de estabilidad de las obras del contrato de la referencia'".

"Lo anterior, muy posiblemente muestra solamente parte del problema, pero en todo caso demuestra la solución o el correctivo que debió aplicarse en tratándose de obra mal ejecutada".

"Observa también el apelante, que los peritos no tuvieron en cuenta al elaborar su dictamen, el proyecto de liquidación elaborado por la administración".

"En primer lugar, el proyecto de liquidación a que se ha aludido, fue elaborado por el interventor de la obra, no por el Instituto. En segundo lugar la objeción formulada en forma tan general, impide analizar el cargo, pues el análisis de las partidas que contienen tanto la liquidación elaborada por el interventor, como la que hizo el contratista son cuestiones técnicas y contables que requieren precisamente de la colaboración de expertos. De ahí que se hayan nombrado unos auxiliares de la justicia para que realizaran la liquidación del contrato".

"Se observa, que durante el traslado del mencionado dictamen se solicitaron algunas aclaraciones que los peritos respondieron. En relación con el punto anterior los peritos dijeron: 'Para el estudio de la cantidad de obra ejecutada por el contratista tuvimos a disposición 3 documentos así: Dos liquidaciones hechas por el Instituto de Crédito Territorial que no coinciden en cantidades de obra, ni en valor, hay muy ostensibles diferencias que son así mismo inexplicables si se tiene en cuenta que son cálculos y conteos matemáticos no sujetos a apreciaciones sujetivas, sino a resultados precisos. El otro documento fue una liquidación hecha por la parte demandante, que a juicio nuestro se ajustaba más a la realidad, observada en la obra; además, su diferencia con la más próxima hecha por el Instituto de Crédito Territorial no llega al cuatro por ciento, de modo que es relativamente pequeña. Por esto y por lo expuesto anteriormente se tuvo como la mejor medida de esta evaluación".

"Si bien no existía campamento el día de la inspección, personalmente nos consta que durante la construcción de las obras ejecutadas por Pedro Amaya D. si hubo campamento' (fl. 151, cuaderno Nº 1)".

"Por lo expuesto, en el presente caso, los cargos presentados por el recurrente contra la sentencia dictada por el Tribunal, no prosperan; en consecuencia esta Fiscalía se permite solicitar a la honorable Sala se confirme la sentencia apelada" (fls. 241 a 243, C. 1).

IV. Consideraciones de la Sala:

a) En relación con las excepciones propuestas ha de decirse que lo resuelto por el *a quo* se ajusta a derecho, por cuanto la de "petición antes de tiempo", sobre la cual insiste en esta instancia la parte demandada, con el argumento de que *"se fundamenta en el hecho de que no existe el acto administrativo, esto es, la liquidación unilateral que se pretende sea declarada sin efecto jurídico vinculante, sobre lo cual no solamente se hizo claridad en el escrito de contestación de la demanda, sino en el alegato de conclusión, en el cual se dijo, que no obstante haberse elaborado un acta de liquidación que el contratista se negó a firmar, no pasó de ser un mero proyecto de acta pues no fue aprobada por la Subgerencia de Construcciones, requisito indispensable para la validez del acta de liquidación, como lo determina*

el artículo 9º, numeral 15 de la Resolución 2507 de 1980, emanada de la Gerencia General, según el cual...", carece de lógica y de seriedad, pues el libelo no impugna la liquidación sino que pide que se haga.

Dice, así la 2ª pretensión:

"*Segunda.* Que se declare la resolución definitiva y se ordene la liquidación del contrato 548 de 1981 y sus adicionales y/o contratos modificatorios, conforme a las bases que señala el honorable Tribunal dejando sin efecto jurídico vinculante la liquidación unilateral del mismo efectuada por la demandada sin la aceptación del ingeniero contratista demandante".

Y en relación con la inepta demanda, la misma parte demandada está conforme con lo decidido en primera instancia;

b) Sostiene la demandada, que como ambas partes incumplieron el contrato —la demandada al demorar los pagos del anticipo y el demandante al no entregar las obras prometidas totalmente terminadas— ninguna de ellas puede alegar las acciones alternativas del artículo 1546 del Código Civil y al efecto cita una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en respaldo de su tesis.

Lo anterior no es aceptable para la Sala, por las siguientes razones:

1. Aún suponiendo la juridicidad de la tesis que ante el mutuo incumplimiento convierte el contrato en "matrimonio indisoluble", conviene recordar que ella siempre se ha expuesto frente al incumplimiento bilateral *de obligaciones simultáneas* y nunca frente a obligaciones sucesivas caso en el cual el incumplimiento de la primera obligación en el tiempo, si su importancia lo amerita, exonera del cumplimiento de la siguiente obligación.

2. De toda la prueba documental allegada al proceso aparece nítido que el "*anticipo*", que como su nombre lo indica debe ser pagado antes de iniciarse la ejecución del contrato, en cuantía de $ 16.578.426.83, fue pagado en cuotas, así:

"1.	3.000.000.00	en marzo 3 de 1982
"2.	1.000.000.00	en marzo 5 de 1982
"3.	578.426.83	en julio 15 de 1982
"4.	2.000.000.00	en agosto 18 de 1982
"5.	10.000.000.00	en noviembre 4 de 1982
	$ 16.578.426.83	(ver folio 25)".

No obstante lo anterior, el contratista inició trabajos el 4 de marzo de 1982, al día siguiente del primer abono y trabajó a satisfacción de la demandada hasta el vencimiento del primer plazo y en noviembre 22 del mismo año, dentro de la primera prórroga del plazo, según el Director Regional (fl. 79), era la siguiente:

"Atentamente nos permitimos informar sobre el estado de cuentas y obra ejecutada del contrato número 548 de 1981 Instituto de Crédito Territorial suscrito con el ingeniero Pedro Amaya Durán".

"El mencionado contrato se firmó en diciembre 4 de 1981, por valor de: $ 41.446.067.08 con un anticipo de $ 16.578.426.83 debiéndose pagar este con presupuesto de la vigencia pasada; pero ante la difícil situación económica del Instituto, hubo la necesidad de fraccionarlo en varias cuentas, así":

	Valor	*Fecha de pago*
"1.	$ 3.000.000.00	Marzo 3 de 1982
2.	1.000.000.00	Mayo 5 de 1982
3.	578.426.83	Julio 15 de 1982
4.	2.000.000.00	Agosto 18 de 1982
5.	10.000.000.00	Noviembre 4 de 1982
SUMA:	$ 16.578.426.83".	

"El contratista ha ejecutado hasta octubre de 1982, $ 6.415.250.48 del contrato original y $ 1.389.537.38 del contrato adicional número 01, encontrándose pendiente de pago las siguientes cantidades":

	Valor	*Concepto*
"1.	$ 3.484.150.28	Obra ejecutada contrato original
2.	1.389.537.38	Obra ejecutada contrato adicional 1
3.	1.323.692.02	Reajuste contrato original y adicional Nº 1".

"Es importante anotar que una vez cancelado la totalidad del anticipo, el ingeniero Amaya continuó los trabajos con la intensidad requerida" (fls. 78 y 79, Anexo 1).

3. La demandada reconoce que por *"dificultades presupuestales"*, el anticipo sólo se pagó días antes de vencerse la primera prórroga del plazo y que no obstante lo anterior, el contratista trabajó con eficiencia y buena fe y así lo corroboran los declarantes en este juicio, ingenieros vinculados a la demandada y directamente a la ejecución e interventoría del contrato controvertido.

4. El contratista, entonces, de buena fe cumplió con sus obligaciones no obstante que hubiera podido alegar, para no hacerlo, el continuado y ostensible incumplimiento del INSCREDIAL; gestionó oportunamente la primera prórroga, lo mismo hizo con la segunda, la que por la *"tramitología"* y el "centralismo" del Instituto, sólo fue aprobada 3 días después de que había vencido el plazo pactado, por lo que se hizo legalmente imposible dicha prórroga.

5. En este momento el contratista tenía todo el derecho a exigir la liquidación del contrato, por terminación del plazo y el pago de los daños y perjuicios sufridos, pero, al contrario, con el fin de que la demandada no sufriera daños por el estado de las obras y a pesar de la falta de pago de las cuentas por obra ejecutada, continuó, por varios meses, en el desarrollo del contrato, sin obligación legal alguna.

6. Y desde luego las obras quedaron inconclusas, por tal razón, no fueron recibidas por las empresas de servicios públicos, sin que, por lo acotado, quepa responsabilidad alguna al contratista.

7. La situación es, pues, muy clara: El INSCREDIAL incumplió el contrato desde su iniciación hasta su suspensión y el contratista lo cumplió con buena fe, eficiencia y abnegación, desde el principio hasta el fin.

8. Por el buen suceso o el deterioro de obras inconclusas por culpa de la entidad contratante, repugna hablar de garantía de estabilidad que sólo puede predicarse de las obras terminadas y recibidas por la Administración.

9. Eran, pues, obligaciones sucesivas o consecuenciales y no simultáneas como alega la entidad demandada;

c) La liquidación de las sumas a cargo del INSCREDIAL y a favor del demandante, hechos en la sentencia apelada, con base en el experticio rendido en primera instancia y aclarado a petición de las partes, la encuentra correcta la Sala, con excepción de la suma de $ 250.000.oo que el *a quo* reconoce por *gastos* y *costas* del presente juicio, pues a ellas sólo se puede condenar al particular vencido, jamás a la Administración.

Se modificará, entonces, la condena para rebajar de la suma de $ 10.569.668.86 la de $ 250.000.oo, dejándola, en definitiva, en la suma de $ 10.319.668.86;

d) La parte demandante sustenta su recurso alegando que se aumente la condena a $ 18.000.000.oo, pero no da argumento alguno que amerite, siquiera, un análisis adicional.

Su fracaso imputa la condena en un 20% de los costos de esta instancia.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Confírmase los numerales primero y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

Segundo: Modifícase el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada en el sentido de aclarar que la suma que el Instituto de Crédito Territorial debe pagar al ingeniero Pedro Amaya Durán, por razón de la liquidación del contrato administrativo a que se refiere el presente juicio y por los perjuicios causados con su incumplimiento es la de diez millones trescientos diecinueve mil seiscientos sesenta y ocho pesos con ochenta y seis centavos ($ 10.319.668.86) moneda legal.

Tercero: El numeral tercero de la sentencia apelada, quedará así: A partir de la ejecutoria de esta sentencia la suma reconocida devengará intereses comerciales hasta por seis meses y de ahí en adelante moratorios comerciales hasta su pago.

Cuarto: Condénase a la parte demandante al veinte por ciento (20%) de las costas de esta instancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO V

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ACCIONES DE NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA DE LOS CONTRATOS. NO PUEDEN CONFUNDIRSE CON LAS PROPIAS DE LOS ACTOS UNILATERALES. ACTAS.

El acta de un organismo estatal o corporación pública no es un acto que pueda demandarse, sino la historia documentada de lo que sucedió durante una reunión determinada. CONTRATO DE EDICION. Encaja en los de PRESTACION DE SERVICIOS. MONOPOLIO. Artículo 31 de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 3627. Contratos. Actor: Editorial Mercurio S. A.

En escrito de 14 de mayo de 1982 la sociedad Editorial Mercurio S. A. "en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo" (Ley 167 de 1941) solicita la nulidad absoluta del contrato celebrado entre Telecartagena y Publicar S. A. el 15 de enero de 1982, para "la obra total de preparación, actualización, elaboración, impresión, publicación y distribución a domicilio de los directorios telefónicos de la ciudad de Cartagena" y del Acta número 38 de la Junta Directiva de la mencionada empresa el 10 de diciembre de 1981; y como consecuencia, que se abra la licitación pública o privada para los indicados fines y se condene a la entidad pública al pago de los perjuicios causados a la demandante "desde el día en que debió adjudicarse la licitación pública hasta la fecha en que ésta se haga".

Como pretensión subsidiaria pide la demandante que se obligue al pago de los perjuicios en razón del contrato acusado, estimados en $ 50.000.000.oo.

Como hechos narra la demanda, en síntesis:

1. Que la empresa de Telecomunicaciones de Cartagena, Telecartagena, es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones.

2. Que entre Telecartagena y Publicar S. A. se celebró un contrato de obra el 15 de enero de 1982, cuyo objeto lo constituye "la obra total de preparación, actualización, elaboración, impresión, publicación y distribución a domicilio de los directorios telefónicos de la ciudad de

Cartagena para los años correspondientes a las ediciones de 1982 que se denominará 1983; 1983 que se denominará 1984; 1984 que se denominará 1985; 1985 que se denominará 1986; 1986 que se denominará 1987 y 1987 que se denominará 1988" el día 15 de enero de 1982.

3. Que tal contrato es de obra y por lo tanto está sujeto al estatuto de la contratación administrativa.

4. Que para su adjudicación debió apelarse a la licitación pública o privada.

5. Que Editorial Mercurio S. A. está en capacidad de ejecutar obras como la contratada, ya que cuenta con los mejores equipos de fotocomposición e impresión en Latinoamérica.

6. Que esta casa editorial está inscrita como proveedora de Telecom, empresa socia de Telecartagena en un 60%.

7. Que Telecartagena conocía, a través de los miembros de su Junta Directiva, que Editorial Mercurio estaba en capacidad de contratar.

8. Que la demandante sufrió serios perjuicios por no haber podido participar en la licitación del directorio telefónico de Cartagena; perjuicios que también sufrió la entidad pública por no haber tenido un marco de referencia sobre las bases económicas del contrato.

En el capítulo "disposiciones violadas y concepto de violación" la actora analiza la fundamentación jurídica de su demanda en torno a las siguientes normas jurídicas: Artículos 31 de la Constitución Nacional; 1, 19, 20, 21, 23, 31, incisos 1 y 2, y 162 del Decreto 150 de 1976, en concordancia con el artículo 1º del Decreto reglamentario 106 de 1977.

Con base en la violación de tales normas alega la demandante la nulidad absoluta del contrato de obra, con apoyo en el literal e) del artículo 189 del citado Decreto 150. Afirma igualmente que esa nulidad surge del hecho de no existir norma legal que autorice su celebración; y por no haberse obtenido la revisión de esta Corporación.

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. De esa vista fiscal que obra a folios 114 y 115 del cuaderno principal, fechada el 30 de octubre de 1986, se destacan los siguientes puntos:

"Demandó el actor en acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del antiguo Código Contencioso Administrativo la nulidad del contrato celebrado entre la empresa de Telecomunicaciones de Cartagena y la sociedad Publicar S. A. y el Acta de la Junta Directiva de Telecartagena de fecha 10 de diciembre de 1981.

"El demandante basó sus pretensiones en el hecho de no haberse realizado la licitación que la ley ordena para la adjudicación del contrato, por lo cual considera que se le causaron perjuicios que deben ser resarcidos.

"Teniendo en cuenta los hechos narrados en la demanda y las pruebas allegadas al expediente, fácilmente se deduce, que en el pre-

sente caso la parte actora no tiene interés en el juicio. El demandante no participó en el proceso de adjudicación precisamente porque no existió licitación ni pública ni privada.

"Así pues que mal se puede hablar de expectativas o de derechos afectados, cuando estos no existían a favor del actor.

"Por otra parte se observa, que en la demanda se incurre en el error de calificar y tratar como contrato de obra pública al contrato de impresión de los directorios telefónicos de Cartagena. Basándose en la equivocación anterior, los cargos que se hacen en la demanda se fundamentan todos en la violación de las normas que la ley exige para la adjudicación de los contratos de obras públicas, construcción o edificación.

"De existir en el presente caso la omisión a la obligación de realizar licitación pública, lo que podría acarrear una causal de nulidad absoluta del contrato, la acción viable hubiera sido la de nulidad y solamente con el propósito de mantener o restablecer el orden jurídico supuestamente alterado.

"Así pues que ya sea que se considere que el actor carecía de interés para demandar, o sea que se estudien los cargos formulados en la demanda, habrán de negarse las súplicas de la misma".

Por su lado Telecartagena se opone a las pretensiones demandadas. Para el efecto sostiene, en síntesis:

a) Que Telecartagena, a pesar de ser una empresa industrial o comercial del Estado no le es aplicable el Decreto 150 de 1976 por no tener más del 90% del capital social de origen nacional; b) Que según el Decreto 541 de 1977, la entidad está sometida a las reglas propias de las empresas industriales y por tanto sus contratos no están sujetos a las normas que gobiernan los contratos que celebre el gobierno; c) Que el contrato celebrado con Publicar S. A. fue de edición y no de obra pública; y que su celebración obedeció a lo previsto en el Decreto 2427 de 1956 (reglamentario del 3418 de 1954) que le impone a las empresas de teléfonos la obligación de editar un directorio telefónico; d) Que Editorial Mercurio carece de interés que legitime su demanda de anulación del contrato; y e) Que aún anulándose ese contrato no podrá hacerse una condena a perjuicios porque no se sabría a ciencia cierta en qué consistirían estos.

Hecho el resumen que precede, se observa:

La demanda presenta serios defectos técnicos; hasta el punto que lo más lógico sería declarar en esta oportunidad su ineptitud sustantiva. Con todo, la Sala estima que puede entrar a su estudio de fondo, porque la controversia deja ver irregularidades serias en el manejo del contrato que no deben quedarse en igual estado.

El actor escogió una acción indebida. Dice en su libelo actuar "en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo" para que se declare la nulidad absoluta del contrato que Telecartagena celebró con Publicar S. A. para la edición del directorio telefónico de Cartagena y se anule el Acta número 38 de la Junta Directiva de aquella.

Aunque la norma citada corresponde al anterior Código Administrativo o Ley 167 de 1941, es evidente que ella y el artículo 66 se referían exclusivamente a la impugnación de actos administrativos unilaterales. Esta idea, que fue reiterada en muchísimas oportunidades, fue acogida igualmente por el nuevo Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984, en sus artículos 84 y 85.

Desde aquél entonces se afirmó que las acciones de nulidad absoluta y relativa de los contratos no podían confundirse con las propias de los actos unilaterales.

Tan cierto es esto que en el Decreto 01 se les dio a las contractuales trato aparte, en su artículo 87. Acciones estas que no tienen semejanza con las de nulidad y restablecimiento. Baste pensar que la nulidad absoluta del contrato no es una acción pública, como sí lo es la del artículo 84. Mientras aquella no puede incoarse sino por los contratantes, el Ministerio Público o por los terceros que demuestren interés directo en el contrato, esta puede intentarse por cualquier persona en el solo interés del mantenimiento de la legalidad.

Tampoco se confunden con las de restablecimiento, antes plena jurisdicción, porque estas exigen la petición previa de anulación del acto y un resarcimiento consecuencial; en cambio, las de nulidad absoluta del contrato son de reclamación directa porque en ningún caso debe mediar un pronunciamiento previo de la administración sobre la pretensión anulatoria que va a discutirse a nivel jurisdiccional.

Existe otro grave defecto en la demanda y es el que toca con la nulidad del Acta número 38 de la Junta Directiva de Telecartagena. Ha dicho la jurisprudencia, también en múltiples oportunidades, que el acta de un organismo estatal o corporación pública no es un acto que puede demandarse, sino la historia documentada de lo que sucedió durante una reunión determinada. El acta, en principio, es sólo la prueba de que en tal fecha y a tal hora se efectuó, de que en ella se tomaron las decisiones allí detalladas. Por esa razón, al ser el acta un documento de alcance probatorio, no podrá confundirse con el acto o actos que se expidieron durante la sesión que narra y será siempre inadecuado pedir su anulación, ya que el que así proceda correrá el riesgo de la inadmisión de la demanda por falta de la debida identificación del acto administrativo objeto de la impugnación. Baste observar que esa acta comprende varias decisiones sobre materias diferentes.

Se equivoca igualmente la demanda de medio a medio al calificar como contrato de obra pública el celebrado entre Telecartagena y Publicar S. A. para la edición del directorio telefónico de Cartagena, por cuanto este contrato encaja en los de prestación de servicios.

Si bien en el Decreto 150 de 1976 (ley vigente a la sazón) no se le calificaba expresamente como tal, de la definición que al respecto trae en su artículo 138 se infiere dicho carácter. Tan consciente de esto fue el legislador que en el estatuto contractual que hoy rige (Decreto 222 de 1983) al indicar las distintas clases de contratos de prestación de servicios en su artículo 164, dispone:

"Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de con-

ceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social; *edición, publicidad, sistemas de información* y servicios de procesamiento de datos..." (subrayas fuera de texto).

El notorio error en que incurrió la parte actora al confundir la edición de un directorio telefónico con un contrato de obra pública, hizo que la demanda incurriera en otra seria informalidad, puesto que su *causa petendi* se orientó a demostrar que el contrato estaba viciado de nulidad por haberse omitido en su celebración las formalidades propias de este último contrato.

Para corroborar este aserto es suficiente leer el texto del artículo 162 del Decreto 150, citado como infringido, el que se refiere exclusivamente a los contratos de obras públicas celebrados por las empresas industriales o comerciales del Estado. Y tal vez por esta calificación errónea pudo alegar la violación de las demás normas citadas en el libelo, en especial la referida al artículo 1º del antecitado decreto que hace aplicables las normas del mismo a los contratos de empréstito y obras públicas que celebren dichas entidades.

Esta desorientación en lo que toca con aspecto tan trascendental, impide el análisis de la *causa petendi* aludida.

Alega la parte demandada que Editorial Mercurio no tenía interés para demandar la nulidad absoluta del contrato en cuestión.

El interés de los terceros para pedir esa nulidad surgió en el derecho colombiano con la Ley 50 de 1936 (art. 2º). Aunque el artículo 78 del Decreto 222 de 1983 guardó silencio a ese respecto, el Decreto 01 de 1984 lo reafirmó.

Y la jurisprudencia también ha definido ese alcance. El interés no debe ser el simple de legalidad, propio de la acción pública de anulación de un acto administrativo unilateral, sino un interés concreto, personal y directo, como el que tiene un licitante vencido frente al acto de adjudicación del contrato que considera ilegalmente expedido. En tal sentido, si ese interés puede predicarse de dichos licitantes, en idéntica forma puede alegarse por aquellas personas que sin haber podido participar en la licitación (porque la administración no la abrió, por ejemplo, porque acudió a la contratación directa) sí tenían la capacidad, la intención y la experiencia necesaria para ofertar idénticos servicios.

Se comprobó que la demandante tenía experiencia en ese tipo de ediciones y que habría estado en condiciones de licitar para Cartagena; en donde, no se sabe porqué, la publicación de su directorio telefónico se volvió un monopolio de hecho que ya lleva en operación desde 1969 hasta la fecha.

Prueban la experiencia de la citada editorial las constancias expedidas por el Gerente de las Empresas Públicas de Medellín (al fl. 126, C. Nº 2) y del asesor jurídico de las Empresas Públicas de Pereira (al fl. 127 del mismo), en las que se afirma que prepara el directorio de aquella ciudad desde 1980, lo actualiza, imprime y distribuye desde 1981; y que imprime, edita, prepara, elabora, publica y distribuye el de Pereira durante los años 1984, 1985, 1986 y 1987.

Muestran los autos, para confirmar lo dicho atrás, que entre Publicar S. A. y Telecartagena, se creó efectivamente un monopolio de hecho para la edición del directorio telefónico, que atenta contra el artículo 31 de la Constitución Nacional; norma ésta que dispone que "ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley".

No está establecido que los supuestos de la norma se dieron en la realidad. La misma Junta de Telecartagena en la reunión del 10 de diciembre de 1981 (Acta número 38 a fls. 65 y siguientes del cuaderno principal) aduce para el mantenimiento de esa situación sólo razones de comodidad y conveniencia, como las que el proceso licitatorio es dispendioso y de mucho costo. Además, no existe ley que permita tal monopolio.

En la historia del contrato aquí demandado y que aparece en la parte introductoria de su texto, se da cuenta que esa relación se inició desde el 23 de mayo de 1969, cuando Telecartagena aún no existía y sus servicios los prestaba la Compañía Telefónica de Cartagena y Publicar S. A. y ha venido cumpliéndose con prórrogas sucesivas, las que se prolongarán en sus efectos hasta 1988 (a fl. 44 del cuaderno principal).

Para la Sala lo expuesto configura un motivo de nulidad absoluta del contrato y así habrá de declararlo. Esta causal fue expresamente alegada por la demandante.

Con todo, aunque habrá de decretarse su nulidad no podrá hacerse ningún reconocimiento de perjuicios en favor del tercero demandante. En primer término, porque no se comprobaron en forma alguna; ni ningún esfuerzo se hizo al respecto; y en segundo, porque lo único que tenía Editorial Mercurio S. A. era la mera expectativa de poder licitar y esto por sí solo no es avaluable pecuniariamente.

Por lo expuesto y de acuerdo con la fiscalía de la Sección, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. Declárase la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la Empresa de Telecomunicaciones de Cartagena "Telecartagena" y la sociedad Publicar S. A. el día 15 de enero de 1982 para "la obra total de preparación, actualización, elaboración, impresión, publicación y distribución a domicilio de los directorios telefónicos de la ciudad de Cartagena".

2. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 29 de enero de 1987.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EJECUCION.—
Para la ejecución de un contrato administrativo no se requiere que previamente se haya "NOTIFICADO LEGALMENTE" a quienes NO SIENDO CONTRATANTES pueda eventualmente irrogarles perjuicio.
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS (art. 87 del C. C. A., Decreto 01 de 1984).
Tercero que solicita invalidación.
NULIDAD ABSOLUTA. Solicitada por el Ministerio Público y/o tercero con intereses.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Proyectó Magistrado Auxiliar: Doctor *Ramiro Borja Avila.*

Referencia: Expediente número 4948 (192). Actor: Sociedad Edgardo Borelly y Cía. Ltda. Demandado: Departamento de Caldas.

I. Antecedentes:

La sociedad Edgardo Borelly y Cía. Ltda., domiciliada en la ciudad de Barranquilla, por conducto de apoderado judicial, demandó la anulación del convenio de intercambio de licores suscrito entre los Departamentos del Atlántico y Caldas, el siete de marzo de 1985 y además la anulación del "acto legislativo" firmado por las mismas partes el 4 de junio de 1985, en desarrollo del mencionado convenio. El Tribunal Administrativo de Caldas inadmitió la demanda por caducidad de la acción y, obviamente, no decretó la suspensión provisional en prevención que se le había solicitado. El apoderado del demandante recurrió en apelación y ahora se procede a decidir ese recurso por parte de la Sección Tercera, atendida la circunstancia de que el reparto del proceso hecho inicialmente a la Sección Primera fue reconsiderado porque se estimó que el asunto correspondía a la Sección que ahora desata la apelación.

II. La providencia apelada:

El Tribunal inadmitió la demanda porque consideró que la acción, o pretensión, del actor no es la de simple nulidad de los actos acusados, como se expresó en la demanda, sino la de restablecimiento del

derecho y que por lo tanto estaba sometida a la caducidad, la cual ya se había concretado porque habían transcurrido más de los cuatro meses que le otorgaba la ley al interesado para intentarla.

Las consideraciones del *a quo* son muy extensas lo cual impide transcribirlas integralmente en esta providencia, a más de que tampoco eso es necesario. Su argumentación se puede sintetizar diciendo que del examen contextual de la demanda encontró que el verdadero interés del demandante no es la nulidad de los actos acusados, sino el restablecimiento de sus derechos que considera conculcados por la existencia del convenio y el acto que lo desarrolla. Para eso los atacó, para defender una situación patrimonial propia, individual. Destacó el hecho de que al apoderado se le dio la facultad de "transigir" lo cual es procedente en relación con intereses privados mas no en las acciones populares. Transcribió los hechos quinto a octavo de la demanda para relievar la verdadera intención patrimonial del actor. Reiteró que el fundamento jurídico invocado por el demandante para sustentar la nulidad es la violación de su derecho particular emanado del contrato que tenía suscrito para distribuir esos mismos licores. De diversos modos el Tribunal señaló que lo que la demanda revela es el interés particular del accionante y no el general de la comunidad. Y sobre esa base dijo, entonces, que la acción propuesta no es la de nulidad sino la de restablecimiento del derecho, con la consecuencia de que tal acción ya había caducado.

III. La sustentación de la apelación:

El recurrente aspira a la revocatoria de la providencia impugnada porque estima que la acción propuesta es la de nulidad pues sólo eso está pidiendo que se declare; y que no es la de restablecimiento porque ningún pronunciamiento en tal sentido ha solicitado.

También expresa que si se quisiera encontrar un término de caducidad éste tendría que contarse desde la notificación que se le hubiera hecho a la sociedad demandante, que se omitió, porque ella resultaba afectada por las decisiones contenidas en los actos acusados; o por lo menos desde cuando se hubiera publicado en el Diario Oficial. Apoyó su argumentación en lo preceptuado en los artículos 46 a 48 del Código Contencioso Administrativo. Afirmó que si se quisiera interpretar que contra tales actos sólo procede la acción de restablecimiento, como lo dedujo el Tribunal, a efectos de no dejar desamparado al administrado habría que entender que para él la caducidad de la acción correspondiente sólo puede empezar a correr a partir de la notificación o de la publicación del respectivo acto, únicas formas como podría decirse que el titular del restablecimiento queda legalmente enterado de la existencia de esos actos y, por lo tanto, legalmente habilitado para demandarlos; y hasta la fecha en que se presentó la demanda, la sociedad actora no había sido legalmente notificada de la existencia de tales actos, ni estos debidamente publicados.

IV. Consideraciones de la Sala:

A) Observa la Sala que la demanda está enderezada a obtener la anulación de un convenio celebrado entre dos departamentos y un acto que lo desarrolla. Ese acuerdo de voluntades, en principio, sólo es

demandable por las partes contratantes y en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo;

B) Por excepción, la ley autoriza al Ministerio Público y a "quien demuestre interés directo en el contrato" para pedir la nulidad absoluta de él. Esta acción también es la consagrada en el artículo 87 precitado;

C) De lo anterior se deduce que en eventos como el que se menciona es innecesario entrar en el examen de si la acción que propone un tercero al contrato para obtener su invalidación, es la de anulación o la de restablecimiento del derecho;

D) Debe tenerse en cuenta que el tercero sólo puede obtener la invalidación del contrato por nulidad absoluta, es decir por las causales taxativamente señaladas en la ley con ese carácter, entre las cuales no está el probable desconocimiento de los derechos que el tercero pueda tener con base en otro contrato anterior;

E) Pero en el asunto *sub júdice* el actor afirmó que ese contrato violó la constitución, que es derecho público, y además dijo que: "La extralimitación de funciones en que incurrieron los Gobernadores del Atlántico y Caldas es manifiesta cuando intervinieron, sin facultad constitucional ni legal para ello, dentro del trámite y ejecución de contratos existentes para la venta y distribución de Licores de Caldas en el Departamento del Atlántico" (fl. 96 vto., C. 1), con lo cual está afirmando que el contrato atacado fue celebrado por funcionarios que carecían de competencia para ello. Así las cosas, se debe interpretar la demanda en el sentido de que la nulidad invocada por el actor es la absoluta consagrada en el artículo 78 del Decreto 222 de 1983, aunque no haya citado tal disposición. Y esta pretensión es precisamente a la que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo cuyo trámite es el del artículo 217 de la misma codificación;

F) En consecuencia, sobra en este caso cualquier análisis sobre el momento en que empieza a contarse la caducidad porque esta es de dos años, según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y el contrato o convenio cuestionado se celebró el siete de marzo de 1985, o sea que aún no se ha cumplido ese término extintivo de la acción;

G) En conclusión: Del examen contextual de la demanda se deduce que lo que se pretende es la anulación de un convenio de intercambio de licores entre dos departamentos y también la anulación de un acto "por medio del cual se desarrolla el convenio". Entonces no hay duda de que se trata de una pretensión relativa a contratos, consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, dentro de la hipótesis de que ha sido pedida por un tercero que para legitimarse, invoca tener un interés *directo* en la anulación del contrato, porque estima que con éste se le violan sus derechos derivados de otro contrato y que alega la nulidad absoluta fundado en la falta de competencia de los funcionarios que celebraron el contrato cuya anulación se persigue. Esta acción, o pretensión, por mandato expreso de la ley, debe ventilarse por el procedimiento especial señalado en el artículo 217 del

Código Contencioso Administrativo y no por el ordinario, como lo señaló equivocadamente el demandante.

En aplicación del artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, por mandato del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, se admitirá la demanda, porque esta reúne los requisitos legales para el efecto, aunque se haya indicado una vía procesal inadecuada, porque la adecuación del trámite no impide proveer sobre las pretensiones en la forma como están formuladas.

V. De la suspensión provisional en prevención:

Respecto de la solicitud de suspensión provisional en prevención no observa la Sala que haya violación manifiesta de ninguna norma superior, perceptible como fruto de una sencilla comparación del convenio y el acto que lo desarrolla frente al contenido de las normas invocadas por el actor, ni de ninguna otra. Además, el peticionario pide la suspensión en prevención de "la celebración de un contrato o contratos posteriores definitivos, contra los cuales no existiría recurso alguno", pero esta hipótesis no es de recibo porque si los hipotéticos contratos llegaran a celebrarse con "manifiesta violación de los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional, artículo 1602 del Código Civil y normas concordantes", como lo teme el actor, tales contratos serían demandables ante la jurisdicción respectiva en ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 1 de la Ley 50 de 1936 y 87 del Código Contencioso Administrativo. Finalmente, ha de observarse que para la ejecución de un contrato administrativo no se requiere que previamente se "haya notificado legalmente" a quienes no siendo contratantes puedan eventualmente irrogarles perjuicio. No se encuentra, entonces, fundamento legal ni constitucional para acceder a la suspensión deprecada.

En consecuencia se

Resuelve:

Primero: Revócase el auto apelado y, en su lugar, admítese la demanda de nulidad formulada por la sociedad "Edgardo Borelly y Cía. Ltda." contra el convenio de intercambio de licores suscrito entre los señores Gobernadores y Secretarios de Hacienda de los Departamentos de Caldas y el Atlántico, de fecha 7 de marzo de 1985 y contra el acto de desarrollo de ese convenio contenido en el documento suscrito entre los señores Gobernadores de los Departamentos del Atlántico y Caldas, de fecha 4 de julio de 1985.

Segundo: Adecúese el trámite del presente proceso. En consecuencia, notifíquese personalmente esta providencia a los señores Gobernadores de los Departamentos de Caldas y del Atlántico y al agente del Ministerio Público.

Tercero: Cumplidas las anteriores notificaciones, se fijará en lista el asunto, por el término de diez (10) días, para los efectos previstos por el numeral 2 del artículo 217 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto: Las anteriores determinaciones serán cumplidas por el Tribunal *a quo*.

Quinto: No se accede a ordenar la suspensión provisional en prevención de los actos acusados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO VI

JUICIOS ELECTORALES

CAPITULO PRIMERO

UNICA INSTANCIA

ACCION ELECTORAL. CADUCIDAD FRENTE A ELECCIONES O NOMBRAMIENTOS QUE REQUIEREN CONFIRMACION.—

La caducidad se cuenta a partir del momento técnicamente inconfundible llamado "declaración de elección".

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Miguel Betancourt Rey.*

Expediente número E-083. Actor: Pedro Pablo Camargo.

Se decide ahora un recurso ordinario de súplica interpuesto por el actor contra el auto de 23 de octubre último proferido por el señor consejero sustanciador.

La demanda de este litigio, presentada al Consejo de Estado el 16 de octubre último, ha formulado las siguientes peticiones: 1ª Decreto de nulidad de la declaración de elección del señor demandado Carlos Mauro Hoyos como Procurador General de la Nación, declaración hecha el 16 de septiembre del presente año; 2ª Decreto de nulidad del acto de confirmación de la elección, efectuado el 23 de septiembre; 3ª Declaración de que carece de efecto la posesión del señor Procurador, realizada el 25 de septiembre; 4ª Condena del demandado a la interdicción prevista en el artículo 244 del Código Contencioso Administrativo; y 5ª Suspensión provisional de los actos impugnados.

Por auto de 23 de octubre, el señor conductor del litigio denegó la admisión de la demanda. Para no destacar sino el punto de vista central de la providencia, objeto de la acción electoral y de la competencia de esta Sala Electoral es sólo la petición de nulidad de un nombramiento o de una declaración de elección, no los demás que agrega el *petitum* de la demanda; y como en el presente caso transcurrieron más de veinte días entre la declaración de elección y la presentación de la demanda, la acción está caducada. A ello se añade el auto otras consideraciones sobre acumulación de pretensiones relativas a la confirmación y demás puntos impugnados. pero que no es necesario destacar ahora.

La providencia fue recurrida en súplica por el actor. Su argumento principal consiste en que la confirmación es votación mediante la cual se ratifica la elección. que "no existe ninguna acumulación de pretensiones indebidas (sic) de la demanda. Es sólo una: Que es nula la elección hecha por la Cámara de Representantes en sus sesiones ple-

narias de los días 16 y 23 de septiembre de 1986" (fl. 65). "Por esto se invocó el artículo 228 del Código Contencioso Administrativo. Ninguna otra acción" (fl. 66). Y argumento adicional del recurso es que si en verdad hubiera habido acumulación indebida de acciones, el ponente ha debido ordenar la corrección de la demanda, que ya admite la Ley 95 de 1985.

Para resolver, la Sala considera:

1º Que la elección cuya nulidad se pretende aquí no es un acto complejo, que comenzaría con la elaboración de la terna y terminaría con la posesión del elegido. Por otra parte, la confirmación no es elección, sino manifestación de que la declaración de elección fue correcta. Por eso no es necesario añadir al *petitum* el ataque contra el acto de confirmación.

2º Que el legislador se ha propuesto que los litigios electorales sean resueltos con toda rapidez, y por eso ha fijado un breve término para la presentación de la demanda: 20 días contados a partir del momento técnicamente inconfundible llamado "declaración de elección" (arts. 136, último inciso, y 229 del C. C. A.). Cambiar ese punto de partida por el de la posesión o el de la confirmación significaría, por una parte, dilatar los procesos contra la voluntad del legislador; y por la otra, introducir unas diferencias de términos de caducidad, según la elección haya requerido confirmación o no, que en parte alguna dispone la ley. La Sala Plena del Consejo de Estado tiene jurisprudencia establecida hace ya largos años, que, aunque fundada en normas anteriores al Decreto 01 de 1984, no tiene porqué cambiar con base en éste. En sentencia de 11 de septiembre de 1979 (*Anales* 1979, tomo XCVII, números 463-464, págs. 639 y ss.) relativa por cierto a otro caso de elección de Procurador General, dijo:

"2. La opinión de la Fiscalía sobre ineptitud de la demanda que dio origen al proceso 508, porque no se acusó el acto de confirmación, es inaceptable pues el Código Contencioso Administrativo claramente dispone en el artículo 193 que si la elección de un funcionario 'se ha hecho mediante ternas, deberá acusarse la elección o designación misma' y en el artículo 209, de manera armónica, ordena. 'Toda demanda en relación con alguna de las acciones concedidas en los artículos anteriores, deberá presentarse ante la entidad competente dentro del término de diez días hábiles a contar del siguiente al que se verifique el acto por medio del cual la elección se declara'. Dentro del mismo término deberá presentarse la demanda contra un nombramiento, y en tal caso los diez días se cuentan desde el siguiente a la fecha de la expedición de aquél".

De suerte que sí existe la caducidad declarada por el auto recurrido.

3º Que en los procesos electorales es posible, como lo dice el actor, la corrección de la demanda, pero tal vía queda cerrada cuando al presentarse el libelo ya ha ocurrido la caducidad.

Por lo expuesto, la Sala Contenciosa Electoral del Consejo de Estado decide:

Confírmase el auto recurrido.

Notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Gaspar Caballero Sierra, Carmelo Martínez Conn, Con salvamento de voto; *Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello, Miguel Betancourt Rey, Jorge Valencia Arango,* Con salvamento de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General Encargada.

ACCION ELECTORAL. CADUCIDAD FRENTE A ELECCIONES O NOMBRAMIENTOS QUE REQUIEREN CONFIRMACION.—

La falta de confirmación del nombramiento o la elección cuando ella es necesaria DEJA SIN EXISTENCIA la declaratoria de elección y por lo mismo, la pretensión anulatoria no puede nacer antes de que la declaratoria de elección goce de "ESTABILIDAD", "EFICACIA", "PLENITUD" o "PERMANENCIA" y mal puede comenzar a contarse la caducidad de la acción, antes de que esta nazca. Y la mayor prueba de que no nace en estas cosas sino a partir de la CONFIRMACION es la de que, CONFIRMADA hay acción electoral, NO CONFIRMADA sólo hay acción contenciosa de restablecimiento del derecho encabeza del no confirmado y de nadie más. ACTO JURIDICO. Concepción doctrinaria.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO

DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO

Expediente E-083. Electoral. Actor: Pedro Pablo Camargo.

Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritariamente acordada, por las siguientes razones:

a) Aun cuando la providencia suplicada, para denegar la admisión de la demanda, alegó indebida acumulación de pretensiones, ineptitud por impetrarse la nulidad de un hecho —la posesión— y la caducidad de la acción electoral, en el extenso debate adelantado en la Sala Electoral no se halló fundamento legal al proveído impugnado, distinto al de la caducidad;

b) Es este el primer caso que se presenta a la Sala Contenciosa Electoral sobre caducidad de la acción electoral frente a elecciones o nombramientos que requieran confirmación y, de ahí el interés en el análisis de la cuestión para sentar criterio jurisprudencial al respecto;

c) La tesis mayoritaria decidió contar en todos los casos, la caducidad a partir de la "declaratoria de la elección" requiera o no de la confirmación, con los argumentos de que la elección no es acto complejo y que "confirmación no es elección".

Considero equivocada la tesis anterior, porque:

1. No es necesario afirmar que la elección con confirmación sea un acto complejo —que no lo es ni siquiera cuando la confirmación

la hace una autoridad distinta a la nominadora como sucede cuando entran en receso las cámaras y la confirmación la profiere el Gobierno Nacional, porque allí procede éste en *"sustitución"* de aquél— para sostener que la caducidad, a tenor del inciso final del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo corre a partir de la declaratoria de elección.

2. Pero es que la declaratoria de elección es un *acto jurídico administrativo* y como todos los actos jurídicos puede ser *puro y simple o sometido a plazo o a condición suspensiva o resolutoria.*

Para Duguit el acto jurídico, *"estricto sensu"* "es toda manifestación de voluntad conforme al derecho objetivo y que produce una situación de derecho subjetivo o condiciona al nacimiento de una situación de derecho objetivo" (Manual de Derecho Constitucional, números 32-33).

Para Fraga, "es un acto de voluntad cuyo objeto es producir un efecto de derecho, es decir, crear o modificar el orden jurídico" (Derecho Administrativo, Nº 18).

Y para Jeze, los actos jurídicos "son manifestaciones de voluntad de individuos —gobernantes, agentes públicos, simples particulares— en el ejercicio de un poder legal y con el objeto de producir un efecto de derecho. Este efecto consiste en crear una situación jurídica, investir a un individuo una situación jurídica general, un *'status'* o hacer constar una situación jurídica general, una situación jurídica individual o un hecho".

En la anterior definición quedan comprendidos todos los actos jurídicos, los civiles, comerciales, administrativos, jurisdiccionales, etc. De ahí que Jeze clasifique los actos jurídicos "por razón de su contenido", así:

"1º Actos creadores de una situación jurídica general.

2º Actos creadores de una situación jurídica individual.

3º Actos que confieren a un individuo una situación jurídica general, un *'status'*.

4º Actos que hacen constar una situación jurídica general, una situación jurídica individual o un hecho".

"Los actos de la primera categoría se denominan legislativos o reglamentarios. Los actos de la segunda categoría se denominan subjetivos. Los actos de la tercera categoría se denominan actos-condición. Los actos de la cuarta categoría se denominan jurisdiccionales" (Derecho Administrativo).

Y dice Chiovenda (Principios, tomo III, vol. I, págs. 230 y 401):

"II. *Acto jurídico procesal.* Llámanse actos jurídicos procesales los que tienen importancia jurídica respecto de la relación procesal, o sea los actos que tienen por consecuencia inmediata la *constitución, conservación, desarrollo, modificación o definición* de una relación procesal. Y más adelante al hablar de los vicios de la sentencia, dice:

'En nuestro sistema las nulidades son en general subsanables, en el

sentido de que el transcurso de los términos para la impugnación preclude el derecho de impugnar por nulidad; por esto se ha visto que después de la sentencia, incluso la nulidad, y a veces la misma inexistencia de la relación procesal deviene simple anulabilidad'. En cuanto a la contrariedad a la ley, se considera como simple la injusticia que no impide la sentencia. Aunque en la sentencia puede darse inexistencia y nulidad absoluta hallado de la simple anulabilidad, y puede haber motivos de inexistencia y nulidad derivada de la inexistencia y nulidad de la relación procesal, o propios de la sentencia.

"Estos motivos de nulidad o de inexistencia no se encuentran en una relación necesaria con la impugnabilidad de la sentencia. Si la sentencia es impugnable, la impugnación puede *también* servir para hacer valer el motivo de nulidad y de inexistencia, *pero si la impugnación no fue propuesta dentro del término, la nulidad o inexistencia podrá hacerse valer siempre.* Viceversa: *Si la impugnación fue propuesta, y el juez no ha reconocido el motivo de nulidad o inexistencia, éste sobrevive y se transfunde en la nueva sentencia (subrayo).*

"...La sentencia inexistente es una negación, no tiene efectos. Es inexistente la sentencia producida por quien no es juez, la sentencia que no contiene un pronunciamiento, la sentencia no escrita y no publicada. *Es nula* la sentencia pronunciada por un juez falto de jurisdicción. Como la sentencia del juez *especial* en materia de competencia del juez ordinario, la sentencia contra quien está exento de jurisdicción, es nula la sentencia pronunciada contra un sujeto inexistente..."

Y la teoría moderna tiende hacia la unidad del acto jurídico, en la forma vista, sin que ello sea óbice para su clasificación según el contenido y para la reglamentación de sus efectos por normas especiales según su diversa categoría. Pero debe quedar claro que para juzgar sobre su existencia, su simplicidad o complejidad, su anulabilidad, nulidad inexistencia, sobre su eficacia, oponibilidad y obligatoriedad, precisa atender a los principios generales del derecho y a las normas reguladoras de los actos jurídicos, en general.

Así la elección popular para corporaciones públicas o el nombramiento de funcionarios que no requiera confirmación, es un acto jurídico administrativo *puro, simple, plenamente eficaz* desde su *declaración o expedición.*

En cambio, la declaratoria de elección o el nombramiento cuando se requiere *confirmación,* es un acto jurídico administrativo cuya existencia *nace pendente coditione,* sujeta a la condición suspensiva afirmativa de que sea *confirmada,* en forma similar o como sucede con el acto de declaración de voluntad cuya existencia queda sometida a la condición de su *"referéndum", "ratificación", "confirmación"* o *"aprobación".*

Así, por lo demás, sucede con la sentencia judicial, como acto jurídico procesal: Mientras la sentencia de primera instancia nace a la vida jurídica, según MORTARA y KOHLER sujeta a condición resolutoria, para Chiovenda no es más que un elemento de la definitiva declaración de certeza del derecho, siendo el otro elemento el transcurso inútil del término para interponer el gravamen o la certeza

—una vez interpuesto— de que no habrá otra sentencia proferida por el superior, para UGO ROCCO, es un acto sometido a revocación y para VASALLI y CALAMANDREI, es un acto sometido a la condición legal suspensiva respectiva de que no haya un nuevo pronunciamiento del superior sobre la misma controversia decidida por aquella; en cambio, la sentencia proferida en última instancia es un acto jurídico perfecto, pleno, completo, eficaz aún en el caso de estar sometida a recurso extraordinario pues sólo se anula lo que es eficaz y existente y mientras ello no suceda surte todos sus efectos legales.

En forma igual, la declaratoria de elección cuando requiera confirmación, nace *"pendente conditione"*, sujeta a la condición legal suspensiva afirmativa de su confirmación.

Conforme al artículo 19 del Decreto-ley 250 de 1970, "la designación queda insubsistente: ... 2. *Por la falta de confirmación del nombramiento, en los casos en que ella se exige*".

Y dice el Diccionario de la Real Academia:

"*Insubsistente. No subsistente. Falta de fundamento o razón y subsistencia.* Permanencia, estabilidad y conservación de las cosas".

Por lo que, la falta de confirmación del nombramiento o la elección, cuando ella es necesaria, *deja sin existencia* la declaratoria de elección.

Y, por lo mismo, la pretensión anulatoria no puede nacer antes de que la declaratoria de elección goce de "estabilidad", "eficacia", "plenitud" o "permanencia" y mal puede comenzar a contarse la *caducidad* de la acción, antes de que esta nazca.

Y la mayor prueba de que no nace en estos casos sino a partir de la *confirmación*, es la de que, *confirmada* hay acción electoral, *no confirmada* sólo hay acción contenciosa de restablecimiento del derecho en cabeza del no confirmado y de nadie más. *Contencioso* subjetivo este último, por oposición al contencioso-objetivo de la acción pública electoral.

Bogotá, febrero 18 de 1987.

Jorge Valencia Arango.

Nubia González Cerón, Secretaria.

ACCION ELECTORAL. CADUCIDAD FRENTE A ELECCIONES O NOMBRAMIENTOS QUE REQUIERAN CONFIRMACION.—

Los 20 días hábiles para contar el término de caducidad de la acción electoral, sólo podrá contarse a partir de la confirmación del nombramiento, puesto que son actos en que el uno no puede subsistir sin el otro, de suerte que no se puede demandar solamente la elección, sino que hay que demandar a ambos como reiteradamente lo ha venido predicando tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado, puesto que se complementan para integrar uno solo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Electoral.— Bogotá, D. E., diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Referencia: Expediente número E-083. Actor: Pedro Pablo Camargo.

SALVAMENTO DE VOTO

Con gran pena me veo obligado a salvar el voto en el caso *sub júdice* por las siguientes razones:

El auto suplicado suscrito en sala unitaria por el doctor Hernán Guillermo Aldana Duque, tiene dos (2) razones fundamentales para negar la admisión de la demanda.

El primero dice la relación con lo que a su juicio sería una supuesta acumulación de acciones que hace imposible la admisión de la demanda.

El otro soporte de dicha providencia se refiere a la caducidad de la acción electoral.

En cuanto al primer soporte de la providencia fue suficientemente debatido en el curso del debate, y quedó tan claro que no había la indebida acumulación de acciones, que estimo que no es necesario reiterar los argumentos que expuse en la Sala durante la discusión. Sin embargo, a cualquier entendido en la materia le bastará con leer las peticiones de la demanda y el auto suplicado en el que se dividen las acciones, para comprender cuales fueron los reparos formulados.

De todos modos creo que ese primer aspecto quedó debidamente aclarado en el sentido de que no había indebida acumulación de acciones.

Me referiré al segundo aspecto de la cuestión que es el referente a la caducidad de la acción electoral.

El auto se funda en el inciso final del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo que a la letra dice: "La acción electoral

caducará en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquél en el que verifique el acto por medio del cual se declara la elección o se expida el nombramiento".

La lectura atenta de esta norma, lleva a concluir que los redactores del Código Contencioso Administrativo, fieles al concepto que se expresa corrientemente de que él fue redactado a prisa entre el 28 de diciembre, *"día de los inocentes"* y el 31 de diciembre de 1983, día en que expiraban las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República al Gobierno Nacional, sólo tuvieron en cuenta dos (2) casos en que procede la acción electoral, a saber:

a) Cuando se demanda el acto administrativo por medio del cual se declara la elección de candidatos a integrar Corporaciones Públicas en debates de elección popular, como son las elecciones para miembros del Congreso Nacional, Diputados y Concejales Municipales; y,

b) La acción electoral para invalidar un nombramiento.

No tuvieron en cuenta los redactores del Código el tercer caso que hace relación con el nombramiento de funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, para los cuales se requiere confirmación, previa comprobación de que el nominado reúne las calidades que la Constitución Política y las Leyes de la República, exigen para el ejercicio del cargo.

En efecto, es claro como el agua, que los veinte (20) días hábiles para contar el término de caducidad de la acción electoral, sólo podrán contarse a partir de la *"confirmación del nombramiento"*, puesto que como el suscrito lo expresó en el debate, son actos en que el uno no puede subsistir sin el otro, de suerte que no se puede demandar solamente la elección, sino que hay que demandar a ambas, como reiteradamente lo ha venido predicando tanto la honorable Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, puesto que se complementan para integrar uno solo.

Con el nuevo criterio de la Corporación le bastará a quien haya sido nombrado para desempeñar un cargo en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público con presentar los papeles para su confirmación, el día vigésimo primero siguiente a su nombramiento, y así evitará que cualquier demanda prospere porque ya la acción habrá prescrito.

Desde luego, habría sido más lógico concluir dentro del concepto de estricto apego al texto de la ley escrita, que es un fetichismo, concluir que para este tercer caso, la acción es pública y por ello no sujeta a caducidad, para ser lógico con el criterio exegético de interpretación de la ley.

Las leyes no son siempre claras y no es cierto aquello de la sabiduría en todos los casos del legislador y ello es tan cierto que para interpretarlas y hacerlas lógicas se requiere del intérprete; si así no fuera sobrarían los jueces.

Las razones anteriores de estricto derecho, son las que me llevan a separarme del criterio mayoritario.

Carmelo Martínez Conn.

INHABILIDADES DE LOS CONGRESISTAS (art. 11, C. N.). Cuando esta norma constitucional menciona al "gobierno" no se refiere al Presidente y al Ministro respectivo, sino a la administración pública entera. Dicho artículo cienta de manera por demás clara y fundada el principio de la inhabilidad en la gestión de negocios con el Gobierno, de suerte que la falta de la ley reglamentaria mencionada en el inciso 2º no podría derogar la norma constitucional y todo lo que podía hacer dicha ley sería delimitar un poco más el texto constitucional.

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., veintitrés de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Miguel Betancourt Rey.*

Expediente número E-011. Actor: Manuel Elías Barcha Garcés.

En acción electoral el ciudadano Manuel Elías Barcha Garcés, por conducto de apoderado, demanda la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral de fecha 17 de marzo de 1986 mediante el cual, transcurridos los comicios del 9 de los citados mes y año, se declaró la elección de representantes a la Cámara por la Circunscripción del Departamento del Chocó, para el período constitucional de 1986 a 1990.

Y, así mismo, la nulidad de los votos escrutados en tales comicios a favor del candidato a la mencionada corporación, señor Ismael de Jesús Aldana Vivas, para que se practique nuevo escrutinio con exclusión de los votos anulados y, de acuerdo con el cuociente así obtenido, se cancelen las credenciales expedidas y se extiendan las que ahora corresponda.

Destaca el actor en los hechos del libelo la circunstancia de que, concluida la votación, se hubieran contabilizado sufragios para el aludido candidato no obstante ser este constitucional y legalmente inelegible, "...generándose así la totalización de una votación para dicha Cámara, sobre registros o actas apócrifas (sic) o falsas (sic) y/o constituídas (sic) o conformadas (sic) con elementos, o sea, los votos a favor del doctor Aldana Vivas, de igual índole y consiguientemente, la obtención de un cuociente electoral adulterado o inexacto que permitió la declaratoria de elección a la Cámara para dicho candidato..."

Afirma que el declarado elegido, en su calidad de ingeniero civil, había suscrito dos contratos de obras públicas, uno, el 30 de diciembre de 1985, con la Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó, para "la adecuación, captación y conducción nueva y ampliación de la

red de distribución, acueducto Bagadó, Chocó, y otro, el 28 de noviembre del mismo año, también dentro de los seis meses anteriores a la elección, con el Fondo Aeronáutico Nacional", para "los trabajos de adecuación y ampliación en el edificio terminal de pasajeros del Aeropuerto de Mandinga de Condoto (Chocó)".

Y que, pese a haberse declarado terminado el primero de aquellos con Resolución número 377 del 3 de marzo de 1986, por inhabilidad comprobada del contratista Aldana Vivas, el 9 de marzo, día de las elecciones, proseguían los trámites de liquidación del dicho contrato y regía el vínculo contractual emanado del mismo.

Consiguientemente, encuentra violados "...el artículo 111, inciso 1º, y 172 de la Constitución Nacional, comulgante el 111 con el artículo 1º del Decreto 116 de 1976 (sic) y este armónico con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887..." y "...el artículo 65, numerales 2, 4 y 5 de la Ley 96 de 1985, concordante el 4 con el artículo 7 de la Ley 28 de 1979..."

Transcribe a continuación el artículo 111 de la Constitución y explica que,

"El tenor literal del canon es tan meridiano que sobra, resultando superfluo e innecesario, lo que en él se prescribe también en su último inciso al establecerse que 'la ley determinará la clase de negocios a que sea aplicable esta disposición y la prueba especial para demostrar el hecho'. Y es que, lo cual es más palmario y tiene mayor énfasis en constituciones rígidas como la de Colombia, la Constitución, siguiendo las enseñanzas del doctor Jaime Vidal Perdomo, 'es la sublimación de la normatividad... de ella proceden todos, a ella han de referirse todos' en forma que la superioridad de la misma sobre los demás actos jurídicos de un Estado, su supremacía material o forma que obliga al sometimiento de todas las demás normaciones legales, subordinándolas, la coloca en el primer plano dentro de la jerarquía de los preceptos, al extremo de que Kelsen imaginaba su carácter de fuente primaria del derecho bajo la figura de una pirámide invertida en la cual la Constitución encontraba su sitio en la superficie más extensa.

"Por tanto, la vigencia y aplicación de lo mandatado (sic) constitucionalmente en el inciso 1º memorado del aducido artículo 111, resulta imperativo, sin que una y otra estén condicionadas a la expedición del estatuto legal expreso a que se alude y que apenas tiene justificación cuando el canon reclama el desarrollo para su mejor discernimiento y vigor o el minucioso desenvolvimiento de su contexto y sentido o espíritu. Así que, frente a la diafanidad y la ostensible claridad de una preceptiva constitucional es inocuo derivar su eficacia de un ordenamiento legal posterior porque ello sería tanto como negar la fuerza y el dinamismo intrínsico (sic) de la propia Constitución que, por ello y con mucho acierto, se reconoce y acepta como la 'Ley de Leyes', de donde no cabe la menor duda que deviene nula toda votación enderezada a elegir para miembros del Congreso a ciudadanos que se encuentran dentro de las circunstancias señaladas en la disposición jerárquica y suprema..."

Añade que aunque no es imprescindible la expedición del estatuto reglamentario que reclama el artículo 111, resulta aplicable, "a falta de uno más concreto", el contemplado en el Decreto 116 de 1973,

"por el cual se dictan medidas tendientes a hacer efectivas unas incompatibilidades" que, en su opinión, satisface el anotado requisito constitucional ya que está referido a "toda gestión o intervención... de negocios con el gobierno... a título personal o en representación de terceros".

Y que, "...por si fuera poco, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 prevé la aplicación analógica de las disposiciones legales cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido..."

Con respecto a la alegada infracción del artículo 172 de la Carta, expresa que la inclusión en las actas de escrutinio de los jurados de votación y de las corporaciones electorales del Departamento, de votos a favor del candidato inhabilitado, se traduce en el cómputo de "...un total de votos inexacto o falso, pues a los válidos que autoriza dicho canon, para obtener el cuociente, se sumaron los no válidos o nulos computados al doctor Aldana Vivas, resultando también adulterado el cuociente y afectada la representación proporcional de los partidos, ya que esta tiene que sustentarse en los votos válidos y de ninguna manera en los no válidos o nulos comentados..."

Y en lo que dice relación con el invocado quebrantamiento del artículo 65, numerales 2º, 4º y 5º de la Ley 96 de 1985, que el mismo se infiere de lo dicho antes, habida cuenta que las actas de jurados y escrutadores "...se formaron con falsos o apócrifos elementos y en razón de que los votos, como lo tiene dicho el Consejo de Estado en su reiterada jurisprudencia, son los elementos más importantes y vitales para la conformación de los registros de votación y actas de escrutinio..."

Añade que la votación en pro de un candidato constitucional y legalmente inelegible o que exhibe algún impedimento para su elección, es nula de acuerdo con las invocadas normas y también con los artículos 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo.

Para terminar observa que si bien, conforme al artículo 42 de la Ley 96 de 1985, la exclusión de un principal por falta de alguna de las calidades constitucionales o legales, o por inhabilidad, no afecta a los suplentes, esa disposición, en frente de la causal 5ª de nulidad del artículo 65 de la misma ley, "cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos", se debe entender derogada.

Ello, con fundamento en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, según el cual "...Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: ...2ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades (sic), y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposicón consignada en el artículo posterior..."

Constituyose en parte "impugnadora" el demandado, señor Ismael de Jesús Aldana Vivas quien, por intermedio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones.

La oposición está sustentada, en suma, en la negación de los supuestos de hecho de que la Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó y al Fondo Aeronáutico Nacional constituyan "gobierno",

para los efectos prevenidos en la demanda, o de que exista una ley que desarrolle el mandato constitucional del artículo 111.

Se trata, dice, de "...entidades descentralizadas, constituidas bajo la especie de establecimientos públicos, esto es, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. En cambio el gobierno, a términos del artículo 57, inciso 1º, de la Carta Política, lo constituyen en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente..."

Infirma, por lo tanto, que la celebración de los contratos mencionados por el actor configura una gestión de negocios con el gobierno, de la que pueda derivarse la inelegibilidad de que habla el invocado artículo 111.

"De otro lado, continúa, no existiendo ley que determine la clase de negocios a que sea aplicable dicho precepto constitucional y la prueba especial exigible para demostrar el hecho generador de aquella inegibilidad (sic), resalta aún más la improcedencia de las pretensiones del demandante..."

Son sus excepciones, las de "carencia de acción", "ineptitud de la demanda", "acumulación indebida de pretensiones" y "petición de modo indebido".

Funda la primera en los mismos motivos de su oposición.

La segunda, en la falta de indicación de la vecindad, domicilio y dirección del demandante y nombre, edad y domicilio del demandado y en la inexistencia de copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes.

La tercera, en la circunstancia de que se aduzca la inhabilidad del demandado para ser elegido y se pretende, simultáneamente, hacer recaer la misma sobre los demás elegidos, afectando íntegramente actas, registros y votación.

La última, en que se aparejen la acción de nulidad de un acta o registro con la de la elección y expedición de credenciales.

Por auto de 20 de marzo de 1986 se decretaron las pruebas presentadas y pedidas por el actor, sin pruebas del demandado por no haber solicitado éste ninguna.

Tras una fallida acumulación de procesos, se llegó a la conclusión de no ser viable aquella por tratarse, en realidad, de dos demandas iguales inexplicablemente presentadas por el actor en días distintos.

Vencido el término probatorio, se dio el traslado común de cinco días para alegar, en el cual las partes reiteraron sus argumentos inicialmente expuestos, y se entregó luego el expediente al Ministerio Público para concepto de fondo, el cual fue emitido oportunamente.

Vista fiscal:

Después de un pormenorizado recuento de hechos y omisiones, fundamentos de derecho y pretensiones de la demanda y contestación, refiérese, en primer término, la señora Fiscal 5ª de esta Corporación a

las excepciones propuestas sin que halle, en resumen, que pueda prosperar alguna.

En tratándose de la acción pública, afirma, cualquiera puede ejercitarla, no carece de ella así no esté llamada a triunfar.

Y encaminada como está a defender la pureza y efectividad del sufragio, la interpretación de la demanda procede con criterio amplio, sujeto sólo a las formas propias de esta clase de procesos.

De este modo, continúa, si la información personal relativa al demandante y su apoderado aparece consignada en la demanda y poder, y la del demandado no era estrictamente necesaria, por haber previsto el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo quien se debe entender como demandado y la forma de su notificación, fuera de que éste ejerció oportunamente su derecho de defensa, no hay ineptitud de la demanda.

Como no se dan la acumulación indebida de pretensiones ni la petición de modo indebido esgrimidas porque, a su ver, aunque es antitécnico demandar la nulidad de un acta general de escrutinios, con base en la supuesta inhabilidad de alguno de los elegidos, pretendiendo que ésta afecte a los demás, siendo identificable la naturaleza de la acción incoada, sobre aquella de las pretensiones procedentes recaerá un fallo de mérito y uno inhibitorio en las demás.

En lo de fondo estima que si es la Constitución, en el inciso 2º del reseñado artículo 111, la que condiciona la oponibilidad de las inhabilidades a la expedición de una ley que fije la clase de negocios respecto de los cuales se estructuran ellas y la prueba específica del hecho, no tiene cabida la aplicación analógica de otras disposiciones, menos cuando las inhabilidades son de taxativo señalamiento y de interpretación restringida.

Apunta que el Decreto 116 de 1973 invocado por el actor sí es reglamentario, pero no de la ley que prescribe el artículo 111, que no ha sido expedida, sino de "algunas incompatibilidades" como las contempladas en los artículos 9º del Decreto 2400 de 1968 y 28 del Decreto 3130 del mismo año.

Distingue, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre inhabilidades e incompatibilidades y repite que para los congresistas no ha sido expedido aún el estatuto legal de sus inhabilidades, como sí existe el de sus incompatibilidades, en la Ley 11 de 1973.

Por ello considera que el demandado no estaba inhabilitado para ser elegido representante a la Cámara lo que, por ende, hace innecesario un examen sobre la petición de nuevo escrutinio, sin embargo de lo cual, "a modo de anotación marginal", aborda el tema así:

"No encuentra (la fiscalía) opuesto al numeral 5º del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, el mandato contenido en los incisos 2º y 3º del artículo 226 del Código Contencioso Administrativo, que es el que señala las consecuencias de la nulidad en los juicios electorales.

"Es apenas lógico y equitativo, que las inhabilidades que se configuran con relación a una determinada persona, le afecten sólo a ella y no a otras que nada tienen que ver con las causales que señale para

esos efectos la Constitución o la ley. Igual puede predicarse de la falta de calidades para ser elegido.

"Por tanto, nada tiene de extraño que los votos emitidos por una lista en la que aparece un candidato carente de las calidades constitucionales o legales necesarias, o afectado por una inhabilidad, no puedan beneficiar a dicho candidato, pero sean válidos para los demás.

"Ahora bien: Si ese candidato inelegible fue precisamente el que se declaró elegido, también resulta lógico y jurídico que se anule el acta de escrutinio que contiene dicha declaratoria de elección, pero sólo en cuanto a ella se refiere, sin afectar a otros candidatos. De ninguna manera los votos en favor de esa lista podrían considerarse falsos, o falso o apócrifo el correspondiente registro electoral o acta de escrutinio.

"La falsedad o apocrifidad nada tiene que ver con la inelegibilidad de un candidato, inelegibilidad, que los votantes no tienen porqué conocer.

"Estas son nociones distintas, corresponden a otros conceptos que tienen que ver con la alteración dolosa de la verdad, de la realidad de los hechos.

"Si no hay falsedad, ni son nulos los votos, menos puede hablarse de desconocimiento del sistema electoral vigente en la hipótesis planteada en la demanda.

"Finalmente, si la institución de los suplentes tiene por objeto que estos reemplacen a los principales en las faltas absolutas o temporales, nada más natural que cuando se produce falta absoluta de un principal, por cancelación de su credencial, se llame a ocupar el cargo al primer suplente de la lista, y así lo ordena el artículo 226 del Código Contencioso Administrativo.

"Resulta entonces a todas luces improcedente, solicitar nuevo escrutinio en estos casos, como lo hace el actor en este proceso, contra expresas disposiciones legales".

Pide, por último, declarar no probadas las excepciones y negar las súplicas de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

1. *Las excepciones.*

Dícese de la primera, según se vio, que si no existe, o no se ha expedido todavía una ley que fije la especie de asuntos a que sería aplicable la preceptiva constitucional del artículo 111 y determine el medio especial para acreditar el hecho, no es procedente acusar la declaración de elección de un congresista con base en la inhabilidad de éste para ser elegido.

Empero, si la acción, en su más clásica acepción, es derecho en movimiento, facultad inherente a todo derecho y, contemporáneamente, poder jurídico para pedir la decisión jurisdiccional de una controver-

sia, además al alcance de cualquiera si es pública, extraña al sentido común que se pueda carecer de ella por la sola circunstancia afirmada de que, en alguno de los extremos de la litis, no le asiste razón al accionante.

Se derivaría de semejante conclusión que, para lo sucesivo, un crecido número de demandas se deberían desatar por vía exceptiva, con fallos no estimatorios generalmente, con el simple expediente de que para el fallador o la contraparte pareciera ostensible *ab initio* que ha de sobrevenir una decisión adversa.

Como lo puntualizó la colaboradora fiscal y está escrito así en el artículo 227 del Código Contencioso Administrativo, la acción electoral es pública y todos pueden ocurrir en ella, sin otra limitación que la demanda en forma, ya que esencialmente tiene por fin la protección del orden jurídico abstracto y la garantía de la pureza del sufragio, donde los motivos del excepcionante distan de ser equiparables a una carencia de acción.

La segunda excepción, la ineptitud de la demanda, está fundamentada en supuestos de hecho que, o no se han realizado, o carecen de significado legal.

En efecto, como también acotó la fiscalía, las condiciones civiles del demandante y su apoderado obran en el memorial poder y la demanda (fls. 1 y 121).

2. *El asunto de fondo.*

Dice el discutido canon constitucional:

"*Artículo 111.* No pueden ser elegidos miembros del Congreso los ciudadanos que a tiempo de la elección, o dentro de los seis meses anteriores a ella, estén interviniendo o hayan intervenido en la gestión de negocios con el Gobierno, en su propio interés o en interés de terceros distintos de las entidades o instituciones oficiales.

"La ley determinará la clase de negocios a que sea aplicable esta disposición y la prueba especial para demostrar el hecho".

Y en cuanto a la relación de este artículo 111 de la Constitución Nacional con el caso concreto, la Sala piensa:

1º Está demostrado que el señor Ismael Aldana Vivas fue contratista de entidades públicas cuando menos hasta una semana antes de su elección como representante a la Cámara.

2º Que cuando esa norma constitucional menciona al "gobierno", no se refiere al Presidente y al Ministro respectivo, sino a la administración pública entera, por las razones que la Sala ya expuso en fecha 27 de noviembre de 1986, en la sentencia proferida en el expediente número E-071, en que fue actor el señor Samuel Antonio Villada Otálvaro y demandado el abogado Alberto Gómez Mejía.

3º Que dicho artículo sienta de manera por demás clara y fundada el principio de la inhabilidad consistente en la gestión de negocios con el gobierno, de suerte que la falta de la ley reglamentaria mencionada en el inciso 2º no podría derogar la norma constitucional, y todo lo

que podría hacer dicha ley sería delimitar un poco más el texto constitucional. Mientras esa delimitación no se produzca, la norma ha de aplicarse con toda la amplitud que trae su texto. Es el mismo espíritu moralizador que proclaman el Decreto 222 de 1983 en su artículo 10, la Ley 167 de 1941 en su artículo 6º, y el Decreto 1222 de 1986 en sus artículos 48 y siguientes.

4º Que, por tanto, el demandado se halla incurso en la causal de inhabilidad establecida por el artículo 111 de la Constitución Nacional.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Decrétase la nulidad de la elección de Ismael de Jesús Aldana Vivas como representante a la Cámara por el Chocó, efectuada el día 9 de marzo de 1986 y declarada el 17 de marzo siguiente.

2º El demandado será reemplazado por el suplente que corresponda en orden numérico.

3º Comuníquese esta decisión a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al señor Presidente del Congreso, al señor Presidente del Tribunal Administrativo del Chocó y al señor Gobernador del Departamento del Chocó.

Notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque,* Ausente; *Gaspar Caballero Sierra, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Jorge Valencia Arango,* Ausente; *Joaquín Vanín Tello,* Ausente; *Miguel Betancourt Rey.*

Nubia González Cerón, Secretaria Encargada.

ELECTORALES. NULIDAD DE ELECCION (Ley 96 de 1985). Determinó que "todas las disposiciones legales electorales anteriores a la Ley 28 de 1979" quedan derogados (art. 74 de la Ley 96 de 1985).

PARTIDOS POLITICOS. REPRESENTACION PROPORCIONAL (art. 172, C. N.).

ELECTORALES. MESAS DIRECTIVAS DE LAS CORPORACIONES DE ELECCION POPULAR. PARTICIPACION DE LAS MINORIAS (art. 83, C. N.).

ELECTORALES. CAMARA DE REPRESENTANTES. MINORIA MAS NUMEROSA: ¿REPRESENTACION EN LA COMISION DE ACUSACIONES?

SANCIONES. Sólo existen cuando el legislador las impone para una determinada circunstancia. ANALOGIA. Sirve para solucionar frente al derecho una situación de hecho para la cual no se ha contemplado ninguna regulación específica. "INAPLICABILIDAD DE LA ANALOGIA EN MATERIA PUNITIVA".

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente electoral número E-073. Actor: Daniel Alberto Valderrama.

El ciudadano Daniel Alberto Valderrama, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 227 del Código Contencioso Administrativo demandó "la nulidad de la elección del Vicepresidente de la Mesa Directiva de la Comisión de Acusaciones de la honorable Cámara de Representantes". Tramitado el proceso en debida forma y oído el concepto del Ministerio Público, se procede a dictar sentencia.

I. De la causa petendi:

El actor invoca como soporte fáctico de sus pretensiones que el día 20 de agosto de 1986, a las cuatro y quince minutos (4:15 p.m.) de la tarde se instaló la mencionada comisión, que había sido citada para las tres de la tarde (3 p.m.) de la misma fecha, y que en esa sesión se eligió Mesa Directiva, sin que se le diera representación en ella al conservatismo, partido minoritario más numeroso en la Cámara y en la citada comisión. Agregó que cuando se hizo la elección los repre-

sentantes del Partido Conservador ya se habían retirado del recinto, a las cuatro y diez minutos (4:10) de la tarde, "debido a la tardanza" para iniciar la sesión.

La Mesa Directiva así elegida quedó integrada de la siguiente manera: Presidente doctor Carlos Espinosa F., Vicepresidente doctor Hernán Motta M. y Secretario doctor Hernando Ramírez: El primero y el último de los elegidos son miembros del partido liberal y el Vicepresidente lo es de la Unión Patriótica.

II. De los fundamentos de derecho:

El demandante considera que los hechos relatados violan formalmente la ley electoral, el artículo 8 del Acto reformatorio de 21 de julio de 1935, el artículo 172 de la Constitución Nacional, el artículo 66 del reglamento de la Cámara de Representantes, el artículo 7 de la Ley 7ª de 1945, el artículo 9º de la Ley 19 de 1963, los artículos 12, 18 y 21 de la Ley 17 de 1970, el artículo 18 de la Ley 70 de 1970. Estas normas, dice la demanda, no regulan específicamente el caso de la conformación de la Mesa Directiva de la Comisión de Acusaciones, pero su violación resulta de su aplicación analógica, la cual es pertinente por mandato del artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

III. El concepto del Ministerio Público:

La Fiscalía Sexta de esta Corporación conceptuó que no se debe declarar la nulidad impetrada porque no se probó dentro del proceso que el partido conservador es la minoría más numerosa en la Cámara de Representantes y, además, porque aún admitiendo esa circunstancia como un hecho notorio exento de prueba, no se observa que haya violación directa de las normas invocadas, ni tampoco por analogía, institución esta última que no la considera de recibo en este caso, porque no existe vacío legal al respecto.

Afirmó que, por el contrario, la Ley 17 de 1970 que desarrolla el artículo 83 de la Constitución Nacional, consagró la participación de las minorías en la mesas directivas de las diversas comisiones, pero sin indicar proporcionalidad alguna, ni preferencia por la minoría más numerosa.

IV. Consideraciones de la Sala:

A. Como se afirmó al comienzo de esta sentencia, el demandante pretende obtener la declaratoria de nulidad de la elección del Vicepresidente de la Mesa Directiva de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, fundado en la circunstancia de que por mandato constitucional, el artículo 172, y por voluntad del legislador expresada en diversas disposiciones, el Partido Conservador, como minoría más numerosa representada en la Cámara y en la mencionada Comisión, ha debido quedar representado en la Vicepresidencia cuestionada, para la cual se eligió a un representante de la Unión Patriótica;

B. La Sala observa, en primer término, que no existe violación de ninguna de las disposiciones invocadas por el actor, pues la situación de hecho constitutiva de la *causa petendi*, no es el supuesto fáctico de ninguna de las normas invocadas;

C. Por otra parte, como la Ley 96 de 1985, en su artículo 74, derogó "todas las disposiciones legales electorales anteriores a la Ley 28 de 1979" ahora no se puede alegar nulidad de ninguna elección invocando las normas legales expedidas antes de la vigencia de la Ley 28 de 1979, pues ellas ya no rigen;

D. El artículo 172 de la Constitución Política de Colombia regula la votación de dos o más individuos en elección popular o en una Corporación Pública, lo cual supone, obviamente, que los aspirantes pretendan una misma investidura (por ejemplo, la de Senador o Representante, o Diputado, o Concejal).

Pero la disposición constitucional mencionada no regula el caso *sub júdice*, que se refiere a la conformación de una mesa directiva, y por la misma razón la elección del Vicepresidente de la Comisión de Acusaciones de la Cámara no pudo contrariar el texto aludido.

El artículo 83 de la Constitución Nacional, no invocado por el actor pero citado por el Ministerio Público, ordena que "las minorías tendrán participación en las mesas directivas de las Corporaciones de elección popular", pero guardó silencio sobre la forma de integrar las mesas directivas de las comisiones. Luego este mandato constitucional tampoco pudo ser violado con la elección del Vicepresidente de la Comisión de Acusaciones de la Cámara;

E. Ninguna norma legal vigente consagra para la minoría más numerosa, de la Cámara de Representantes el privilegio de estar representada en la Comisión de Acusaciones. Si otra minoría diferente a la más numerosa, obtiene participación, ello es perfectamente legítimo, porque no hay norma constitucional, ni legal, que lo prohíba;

F. Para efectos de imponer la sanción de nulidad de un acto administrativo, cuya legalidad se presume por mandato legal, no es permisible acudir a la analogía, en razón de que las penas son de consagración expresa. Por lo tanto, sólo existen cuando el legislador las impone para una determinada circunstancia, de modo que toda aquella situación no comprendida expresamente en ese supuesto fáctico, no queda cobijada por la sanción, pues ello sería extenderle al intérprete la facultad de adicionar las leyes;

G. La analogía es una institución que apunta a una finalidad diferente de la punitiva. Sirve para dirimir controversias, para definir derechos no expresamente consagrados en las leyes, es decir para solucionar frente al derecho una situación de hecho para la cual no se ha contemplado ninguna regulación específica.

Por lo tanto, no resulta aplicable la analogía para anular un acto administrativo respecto del cual la ley dijo que estaba amparado de la presunción de legalidad, pues esa presunción no se destruye, sino se reafirma, cuando la ley no ha consagrado expresamente ninguna sanción para ese acto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Electoral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Jorge Valencia Arango, Presidente; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodrígue Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

Nubia González Cerón, Secretaria General Encargada.

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO DE LOS JURADOS DE VOTACION.—

Nulidad de las actas (numeral 4º del artículo 65 de la Ley 96 de 1985).

ELECTORALES. SUFRAGIOS LEGITIMAMENTE EMITIDOS. Protección legal. VOTOS EN MAYOR NUMERO QUE LOS CIUDADANOS QUE SUFRAGARON. Consecuencia. PRUEBAS. NEGACION INDEFINIDA.

ELECTORALES. VOTOS EN BLANCO. CONTEO.
Para efecto del cuociente electoral (Ley 96 de 1985. Artículo 29). SISTEMA ELECTORAL.

Alcances de esta expresión contenida en en el numeral 6º del artículo 224 del Código Contencioso Administrativo, repetida en el artículo 225 ibídem. CUOCIENTE ELECTORAL.
1º ¿Para qué está establecido?

2º CAUSALES DE NULIDAD. ¿Cuándo se erigen como tales? (Art. 65, Ley 96 de 1985).

3º PRINCIPIOS ORIENTADORES EN MATERIA ELECTORAL. ELECTORALES. ARCA TRICLAVE. CARACTERISTICAS Y PLIEGOS INTRODUCIDOS EN ELLA EXTEMPORANEAMENTE.

Consecuencias. Causal de nulidad.

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO DE JURADOS DE VOTACION.

1º Denominaciones (arts. 30, 33, inciso 2º de la Ley 96 de 1985).

2º Ejemplares. Firma. Omisión. Consecuencia.

3º Inexistencia de Acta. Consecuencia.

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. NULIDAD (art. 37 de la Ley 96 de 1985).

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número E-016. Actor: Carlos Plata Castilla.

Carlos Plata Castilla, a través de apoderado y ejercitando la acción electoral, en su demanda presentada inicialmente y luego corregida, formuló las siguientes peticiones:

"*Primera:* Que es nulo el acto administrativo contenido en el Acta Parcial del Escrutinio General de los votos para Representantes a la

Cámara practicado por los señores Delegados del honorable Consejo Nacional Electoral, doctores Jorge Bazzani Clavijo y Javier Díaz Bueno, de fecha 18 de marzo de 1986, en cuanto por medio de dicho acto se declararon elegidos Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Santander para el período constitucional 1986-1990 a los siguientes ciudadanos como principales y suplentes respectivamente:

"Principales	*"Suplentes*
1. José Luis Mendoza Cárdenas	Severiano Cala Toloza
2. Tiberio Villarreal Ramos	Víctor Lizcano Murillo
3. Rafael Serrano Prada	Otto Leopoldo Ortiz Prieto
4. Hernán Motta Motta	Leonardo Posada Pedraza
5. José Aristides Andrade	Alberto Enrique Murcia Severiche
6. Hernán Beltz Peralta	Ciro Alfonso Crispín Landínez
7. Enrique Barco Guerrero	Rafael C. Valdivieso Sarmiento
8. Manuel Horacio Nieves Mateus	Raúl Gómez Quintero
9. Jorge Ardila Duarte	Luz Alba Porras de Gómez
10. Alvaro Agón Obregón	Jairo Enrique Reyes Vargas
11. Norberto Morales Ballesteros	Liliam Sarmiento de Santamaría

"*Segunda:* Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene practicar y efectivamente se practique por el honorable Consejo de Estado un nuevo escrutinio únicamente para Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral de Santander período constitucional 1986-1990 escrutinio que deberá practicarse únicamente con base en los registros que no se declaren afectados de *nulidad* en virtud del presente juicio, correspondientes a las elecciones del pasado 9 de marzo de 1986 de la citada Circunscripción Electoral y previa rectificación de los errores aritméticos o exclusión, en su caso, de los registros que conforme a la ley no deban ser computados, y previa declaración de nulidad del Acuerdo 1 de abril 3 de 1986 del honorable Consejo Nacional Electoral.

"*Tercera:* Que con base en los resultados que se obtengan en los nuevos escrutinios se haga una nueva declaración de la elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral por Santander para el período constitucional 1986-1990, se ordene expedir y efectivamente se expidan las nuevas credenciales de Representantes a la Cámara en reemplazo de las anteriores que deben quedar canceladas y se comuniquen las anteriores novedades a quienes deben conocerlas mediante oficios librados al Presidente del honorable Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus Delegados en el Departamento de Santander, al Ministro de Gobierno, al Gobernador del Departamento de Santander, al Presidente de la honorable Cámara de Representantes y al Presidente del Tribunal Administrativo de Santander, Bucaramanga".

En la demanda corregida se relatan los siguientes *hechos*, como fundamento de la acción:

"1. El domingo 9 de marzo se realizaron en todo el país las elecciones populares para Senadores, Representantes a la Cámara, Diputados, Concejales y demás miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular.

"2. Los escrutinios generales o departamentales correspondientes a la Circunscripción de Santander fueron practicados por los señores Delegados del honorable Consejo Nacional Electoral, quienes iniciaron esta diligencia en la ciudad de Bucaramanga a las 9 a.m. del día 16 de marzo de 1986, habiéndola terminado en la misma ciudad el día 18 de marzo de 1986 a las 6 p.m., día en que hicieron la declaración de la elección de Representantes a la Cámara como consta en el Acta Parcial del Escrutinio General respectiva, formulario E-38, que es documento que hace parte del Acta General correspondiente.

"3. Tanto los cómputos de votos, los registros electorales y el acto mismo por medio del cual se hizo la declaratoria de elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Santander adolecen de graves y ostensibles violaciones del sistema electoral adoptado en las leyes de la República, ya que durante los escrutinios respectivos se computaron pliegos viciados de *nulidad* contra expresas prescripciones legales, se incurrió en errores aritméticos que deben rectificarse y se dejaron de practicar 'recuentos' de papeletas que legalmente eran obligatorios para establecer la verdad de los resultados electorales, todo conforme a los siguientes hechos que expongo a continuación:

"A. EN ALBANIA: *Mesa número 2 de Guacos.*

"El número total de votos por listas fue superior en un (1) voto al número total de sufragantes. Además, los jurados de votación no anotaron el total de votos depositados en la mesa, ni dejaron constancia acerca de sobres excedentes o votos nulos. La Comisión escrutadora municipal 'anuló' un voto al azar sin tener competencia.

"B. EN ARATOCA: *Mesa número 2 de Inspección de Chiflas.*

"Ni los jurados de votación ni la Comisión Escrutadora Municipal computaron dos (2) votos en blanco que fueron emitidos en esa mesa y que se encontraban dentro del sobre manila Forma 1 conforme lo anota la propia Comisión Escrutadora en el Acta General de Escrutinio Municipal, cuando los votos en blanco deben tenerse en cuenta para obtener el cuociente electoral.

"C. EN BARBOSA: *Mesas 1, 2, 3 y 4 de la Inspección de Policía de Cite y mesas 7, 19, 20 y 21 de la cabecera.*

"Los pliegos electorales correspondientes a estas mesas no fueron depositados en el 'arca triclave', es decir, en el arca con las cerraduras o candados de que habla la ley, conforme lo anota la Comisión Escrutadora Municipal en el Acta General. Aunque inicialmente los pliegos

de las mesas números 7, 20 y 19 de la cabecera permanecieron por un tiempo en el arca, posteriormente fueron trasladados a otro lugar.

"*Mesas números 14 y 22 de la cabecera Municipal.*

"En el Escrutinio Municipal no fue computado un (1) voto en blanco en cada una de estas mesas cuando en las actas de los jurados de votación y en el sobre de manila Forma 1 aparecieron físicamente los citados votos. Al excluirlos se afectó el cómputo base del cuociente electoral.

"D. EN BARRANCABERMEJA: No se realizó Escrutinio Municipal. Existen dos 'Actas Generales de Escrutinio Municipal de Barrancabermeja'. Existe un 'Acta Parcial de Escrutinio Municipal' para Cámara que sólo incluye los corregimientos, y otras tres Actas Parciales de zona cuando sólo hay dos Comisiones Escrutadoras Auxiliares y una Municipal.

"Las Actas Generales de Zona y las 'dos municipales', así como las Actas Parciales de zona adolecen de protuberantes fallas, inconsistencias, tachones y repisados que les quitan toda credebilidad.

"Las dos (2) 'Actas Generales de Escrutinio Municipal' son ambas apócrifas o falsas.

"Las constancias de la Comisión Escrutadora Auxiliar de la Zona 2 (formulario E-50) no registran para ninguna mesa la información sobre si los pliegos fueron introducidos oportuna o extemporáneamente en el arca triclave.

"En los Escrutinios Generales realizados entre el 16 y el 18 de marzo por los Delegados del honorable Consejo Nacional Electoral, solamente se leyeron y tuvieron en cuenta, en cuanto a la votación de Barrancabermeja, actas parciales de zona pues no se llevó a la consideración de los Delegados el Acta Parcial del Escrutinio Municipal que contuviera los datos totales por listas para todo el Municipio, para Cámara de Representantes. Como se puede demostrar, los datos del Escrutinio Municipal de Barrancabermeja nunca fueron leídos durante los Escrutinios Generales.

"E. EN BUCARAMANGA: *Mesa número 8.*

"El Acta de Escrutinio de los jurados de votación (formulario E6-C) en sus cuatro ejemplares sólo tiene dos firmas de sus jurados.

"*Mesa número 93.*

"Los jurados de votación dejaron constancia de que se depositaron cuatro (4) votos en blanco pero estos no fueron contabilizados ni en las Actas de los jurados ni en el Escrutinio Municipal como consta en el Acta General de la Zona 1 de Bucaramanga.

"*Mesa número 102.*

"El Acta de Escrutinio de los jurados de votación (formulario E6-C) no fue introducida en el sobre Forma 1 que estaba en el arca triclave.

"*Mesa número 166.*

"El Acta de Escrutinio de los jurados de votación formulario E6-C) en sus cuatro ejemplares sólo tiene dos firmas de sus jurados.

"*Mesa número 184.*

"No fueron computados dos (2) votos en blanco que fueron depositados y que sólo fueron contabilizados para Senado, Asamblea y Concejo.

"*Mesa número 185.*

"El Acta de Escrutinio de los jurados de votación (formulario E6-C) no fue introducida en el sobre Forma 1 y, sin haber procedido al recuento a que obliga la ley, se escrutó sólo con base en el Acta del Registrador. No existió el cotejo entre las actas que ordena la ley.

"*Mesa número 202.*

"Los jurados de votación rompieron una papeleta o voto válido por Carlos Plata Castilla para la Cámara durante el proceso del escrutinio, sin que exista constancia de sobres excedentes o votos nulos. Existe la constancia dejada por el afectado electoralmente con esa arbitraria actitud en fotocopia autenticada adjunta, en la que igualmente se deja constancia de la existencia de gran cantidad de papeletas o votos en la propia mesa de votación, en un espacio localizado exactamente debajo de la tabla superior de la mesa, a la mano de los jurados.

"Sin motivo legal fue excluida y rota la papeleta mencionada, sin que de esta ilegal actitud se dejara la correspondiente constancia de ley.

"En esta mesa 202 no se pidió recuento de votos como lo anotó la Comisión Escrutadora Auxiliar de la Zona 2 de Bucarmanga, sino que se dejó la constancia sobre la irregularidad observada para poder solicitar, como en efecto se hace ahora, la declaratoria de nulidad de la votación de esa mesa. Tampoco hicieron cómputo total.

"*Mesa número 229.*

"Fue quemado un sobre contentivo de papeleta de votación cuando el número de sobres extraídos de la urna por los jurados era igual al número de sufragantes registrado.

"*Mesa número 233.*

"El jurado de votación de esta mesa, Pedro José Lukerna Arias, es hermano de la candidata a la Cámara de Representantes Teresa Lukerna Arias, segundo renglón principal de la lista encabezada por Néstor Iván Moreno Rojas según consta en Acta de Inscripción número 20 suscrita ante la Delegación Departamental del Estado Civil de Santander.

"*Mesa número 329.*

"El jurado de votación de esta mesa, Tarcisio Jaimes Jaimes, es hermano de Víctor Julio Jaimes Jaimes, candidato a la Cámara de Representantes en el tercer renglón principal de la lista encabezada por Rafael Serrano Prada según consta en el Acta de Inscripción

número 2 suscrita ante la Delegación Departamental del Estado Civil de Santander.

"*Mesa número 489.*

"El jurado de votación de esta mesa, Eduardo Uribe Sarmiento, es hijo de Rafael Uribe Uribe, candidato a la Cámara de Representantes en el cuarto renglón suplente de la lista encabezada por Carlos Antonio Ardila Ballesteros, Acta de Inscripción número 6 ante la Delegación Departamental del Estado Civil de Santander.

"*Mesa número 500.*

"Según la Comisión Escrutadora Auxiliar de la zona 6, se hizo el recuento de votos para el candidato José Luis Mendoza Cárdenas para Cámara, pero simultáneamente procedieron a 'anular' un (1) voto, para lo cual no tenían competencia. Inexplicablemente y en forma ilegal aumentaron de uno (1) que tenía el Acta de los jurados a dos (2) nulos que fueron computados en el Escrutinio Municipal como puede apreciarse en los cuadros correspondientes. Ni totales ni parciales coinciden en actas.

"*Mesa número 502.*

"Fue irregular e ilegalmente computada la votación de esta mesa mediante la comparación del Acta que tenía el Registrador con un Boletín de Sistemas que no es documento electoral. En esta forma, ante la ausencia de datos en el Acta de los jurados que venía dentro del sobre Forma 1, se 'validaron' los votos de esa mesa, sin cumplir con el procedimiento del recuento establecido por la ley.

"*Mesa número 497.*

"Los jurados de votación no diligenciaron las correspondientes actas para ninguna corporación y las mismas debieron ser llenadas por la Comisión Escrutadora como se hace constar en el Acta General de la Zona 6 de Bucaramanga (Se anexa Acta General Zona 6 de Bucaramanga).

"F. EN FLORIAN: En el Acta de Introducción de los pliegos electorales (formulario oficial E-20) consta que sólo a las 11 (se supone que de la noche) se reunieron los claveros (dos solamente porque sólo dos firman el acta) con el fin de iniciar, a esa hora, el proceso de introducción de los pliegos electorales. En otras palabras, si a las 11 se reunieron, a esa hora podrían haber introducido los pliegos de la primera mesa que llegó.

"En el acta citada tampoco aparece la hora de introducción correspondiente a cada mesa, y tan sólo se anotó la fecha, marzo 9 de 1986, con comillas, para todas las mesas.

"El Acta sólo está firmada por el Juez y el Registrador.

"Como es lógico suponer, todos los pliegos fueron introducidos en el arca triclave después de la hora límite establecida por la ley que es precisamente las 11 p.m., hora en que se iniciaba por los claveros asistentes (2) el cumplimiento de esa diligencia tan delicada y sobre cuyas circunstancias de tiempo y modo debe quedar expresa y clara constancia.

"G. EN FLORIDABLANCA:

"*Mesa número 12 de la cabecera Municipal.*

"Los jurados de votación computaron un (1) voto nulo pero al efectuarse el Escrutinio Municipal el mencionado voto no fue encontrado dentro del sobre Forma 1. La ley obliga a conservar el voto dentro del sobre si es que el mismo existió. Esta grave falla vicia de nulidad la votación depositada en esa mesa para Cámara. La no existencia física del mismo quita validez y credibilidad a la actuación de los jurados que pudieron haber 'eliminado' un voto válido anotándolo como nulo.

"*Mesa número 8 de Zapamanga, IV Etapa.*

"Desde el propio Escrutinio Municipal se pidió la nulidad de la votación de esta mesa por haber computado cuarenta (40) votos en blanco que no fueron depositados para ninguna corporación como lo certifica la Comisión Escrutadora Municipal en el Acta General. Extrañamente esa misma Comisión los 'validó' en forma arbitraria e ilegal al haberlos incluido como votos válidos en el Escrutinio Municipal que es la base para el Escrutinio General. Lógicamente el cálculo del cuociente se vio influido por esa cantidad (40) de votos válidos cuya existencia física no pudo ser demostrada. Podría pensarse que eran votos por una lista determinada y los jurados los desaparecieron, haciéndolos pasar como 'blancos' y disminuyéndolos a la que corresponderían. Irregular e ilegal actuación de los jurados.

"H. EN LEBRIJA: *Mesa número 17 de cabecera Municipal.*

"El sobre que contenía los votos para Cámara de Representantes fue entregado después de haberse cerrado el arca triclave como lo afirma la Comisión Escrutadora Municipal en la correspondiente *Acta General del Escrutinio Municipal.* Sin embargo fueron contados y computados los votos, dándolos como 'válidos' cuando ni siquiera han debido tenerse en cuenta conforme a la ley (se anexa).

"*Mesa número 1 de Cuzamán.*

"No se computó un voto en blanco que fue depositado en esa mesa como lo afirman los jurados en la primera página del Acta de Escrutinios (formulario E6-C). No se recontó para verificar la exactitud de votos por listas y la existencia del voto en blanco, habiendo disminuido ilegalmente el número de votos válidos.

"I. EN PIEDECUESTA:

"*Solicitud de recuento.*

"Al momento mismo de iniciarse el Escrutinio Municipal fue presentada una solicitud de recuento de votos por parte del doctor Jaime Méndez, testigo electoral del candidato a la Cámara Carlos Plata Castilla. En efecto, al comienzo del penúltimo párrafo del Acta General del Escrutinio Municipal puede leerse textualmente: 'Se anexan solicitudes de recuento de votos de la mesa 1 a la 48 de cabecera presentada por el señor Ciro Enrique Cáceres H. y el doctor Jaime Méndez para darle cumplimiento al artículo 34, Ley 96 de 1985 para que sean resueltos por los Delegados del Consejo Nacional Electoral". Estos Delega-

dos mediante Resolución número 22 de marzo 16 de 1986 negaron la reclamación oportunamente presentada argumentando que 'el artículo 14 de la Ley 85 de 1981 era viable cuando la petición se realiza para una determinada mesa y no para la totalidad'. Sin embargo, según esta última norma, el *recuento* no podrá ser negado '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". Reclamo oral repetido para cada mesa. Consta en las Actas de los jurados de votación (formulario E6-C) de cada una de las 48 mesas del casco urbano de Piedecuesta que la lista de Senado encabezada por el doctor Feisal Mustafá Barbosa obtuvo una diferencia de votos de más del diez por ciento (10%) sobre la lista de Cámara encabezada por Carlos Plata Castilla. Igualmente consta esta diferencia, mesa por mesa, en la fotocopia autenticada de la constancia de votación para cada uno de los mencionados candidatos en cada una de las 48 mesas, expedida por el señor Registrador de ese Municipio (Se anexa esta constancia autenticada).

"Además, se presentan otras irregularidades, errores, guarismos falsos, de falsedad ideológica, en cuanto a la votación para Cámara que se registra en las Actas de Escrutinio de los jurados de votación de muchas mesas de Piedecuesta, principalmente en las siguientes:

"*Mesa número 1.*

"Como se aprecia en el formulario de constancias de la Comisión Escrutadora Municipal (formulario E-50), no coincidieron las Actas en el Escrutinio y sin embargo *no* se recontó como lo ordena la ley. Además se anotaron 30 votos para Carlos Plata Castilla cuando se depositaron realmente 45 (Se anexa formulario E-50).

"*Mesa número 11.*

"Como se observa en el formulario de constancias E-50, las Actas de Escrutinio tienen enmendaduras, tachaduras borrones, y no coinciden entre sí, y sin embargo sólo se hizo recuento para Asamblea. Aquí también se sumaron sólo 48 votos a Carlos Plata Castilla cuando los depositados a su favor fueron 73.

"*Mesa número 16.*

"Los votos que registra esta mesa para Carlos Plata Castilla son solamente 24 cuando se depositaron 74 por el mencionado candidato, diferencia protuberante que pone de manifiesto los errores cometidos por los jurados de votación y que se demuestran al observar el número de votos anotados con borrones y repisados para Hernán Beltz Peralta, la no coincidencia entre las actas en las cifras anotadas para cada uno de los candidatos Jorge Ardila Duarte, Carlos Ardila Ballesteros y Gustavo Duarte Alemán, sin que ninguna de esas cifras fuera la real dando lugar a sumas diferentes que tampoco son las verdaderas. Como se puede comprobar en el Acta General del Escrutinio Municipal sólo se hizo recuento para unos candidatos cuando las normas legales obligaban a hacerlo para todos.

"*Mesa número 20.*

"Como se anota en el formulario de constancias E-50, a pesar de tener tachaduras, borrones, etc., y no coincidir las Actas de Escrutinio entre sí, sólo se hizo recuento para un solo candidato a la Asamblea, dejando sin comprobar la votación de Cámara. Finalmente, de los 89 votos que se depositaron por Carlos Plata Castilla sólo le aparecen registrados 37.

"*En todas las mesas de la cabecera.*

"La diferencia del 10% entre la votación por Feisal Mustafá Barbosa para Senado y por Carlos Plata Castilla para Cámara en cada mesa se puede observar en las Actas de los jurados de votación (formulario E6-C), requisito exigido por la Ley 85 de 1981 en su artículo 14 para que las comisiones escrutadoras no puedan negar el recuento.

"J. EN PUENTE NACIONAL:

"*Mesas números 10 y 11.*

"En el Acta de Escrutinio de los jurados de votación se anotaron 3 y 5 votos en blanco para las mesas números 10 y 11 respectivamente. Sin embargo, estos votos fueron excluidos del cómputo general en el Escrutinio Municipal de esas mesas por cuanto no aparecieron los votos en blanco dentro del sobre manila Forma 1. Las declaraciones extemporáneas de los jurados de esas mesas que fueron llamados al Escrutinio Municipal no deben tenerse en cuenta por cuanto no se ajustan a la ley. Esta establece que en materia electoral sólo se tendrán en cuenta los documentos electorales.

"Si se aceptaran aclaraciones de los jurados posteriores al momento del Escrutinio de los jurados de votación cabría la hipótesis de que pudieron haber roto o desaparecido unos votos por listas legalmente inscritas, haciéndolos aparecer como 'en blanco' para luego decir que en realidad no se depositaron, prestándose este procedimiento a muy dudosas interpretaciones en relación con la pureza del sufragio.

"Son actas que presentan datos falsos, de falsedad ideológica, que deben anularse.

"K. EN SAN VICENTE: *Mesa número 17 de cabecera Municipal.*

"En el sobre manila Forma 1 no fue introducida el Acta de Escrutinio de los jurados de votación y la Comisión Escrutadora Municipal procedió a escrutar y validar esos votos, sin recontar y sin que se tuvieran las dos actas para poder cotejarlas como lo establece la ley.

"Se dieron aquí varias violaciones a la ley electoral que obligan a la anulación de la votación consignada en esta mesa.

"L. EN TODAS LAS MESAS ANOTADAS E IMPUGNADAS DE BUCARAMANGA, PIEDECUESTA Y FLORIDABLANCA.

"Los formularios E6-C o Actas de Escrutinio de los jurados de votación, en las hojas para el cómputo de los votos para cada lista de candidatos por Corporaciones, fueron irregularmente diseñados por cuanto no se incluyó la indicación y el espacio para anotar el total

de votos depositados, impidiendo con ello la referencia para apreciar posibles errores aritméticos y para el cotejo con el total de sufragantes, indispensables para determinar el exceso de votos consignados (posible fraude).

"Se violó en todos estos casos, por culpa de la Registraduría que suministró los formularios deficientes, el artículo 30 de la Ley 96 de 1985.

"Así las cosas, la suma total en cada corporación de los votos válidos más los votos en blanco más los votos nulos, es decir, el cómputo o total que permite compararlo con el anotado en otro ejemplar del Acta o con la suma que esté efectuando la Comisión Escrutadora o alguno de los testigos interesados *no* se pudo efectuar normalmente.

"4. Todas las anteriores equivocaciones, irregularidades y violaciones del sistema electoral adoptado en las leyes de la República configuran las diferentes causales de nulidad que adelante explicará el actor y que falsearon el resultado electoral ya que los guarismos dados a los candidatos no fueron el fiel reflejo de la votación y de la expresión popular depositada en las urnas, sino resultado diferente.

"5. Si no se hubieren 'validado' los registros cuya nulidad, invalidación, exclusión o corrección se pide, los datos de la votación correspondiente para la lista encabezada por el señor doctor Carlos Plata Castilla sería de veinte mil seiscientos seis (20.606) votos y diecinueve mil ochocientos noventa y dos (19.892) votos para la del doctor Norberto Morales Ballesteros y no las cifras que para ellos dos aparecen en el Acta Parcial del Escrutinio General para Cámara de Representantes (formulario E-38) cuya nulidad se está solicitando en el presente libelo.

"6. Y si no se hubieren cometido las violaciones que aquí se relacionan, al hacer la declaratoria de elección necesariamente ha debido otorgarse un cupo a la lista encabezada por Carlos Plata Castilla que en efecto tenía mayor votación válida que la que obtuvo la del doctor Norberto Morales Ballesteros.

"7. Como respuesta al recurso de queja elevado se produjo el Acuerdo 01 de abril 3 de 1986 del honorable Consejo Nacional Electoral aceptándolo y resolviéndolo, reconociendo la procedencia del recurso de apelación pero confirmando lo resuelto por los Delegados en los Escrutinios Generales de Santander" (fls. 98 a 105).

Los hechos descritos constituyen las siguientes causales o fundamentos jurídicos de nulidad del acto acusado, los cuales aparecen desarrollados en el memorial de corrección de la demanda (fls. 106 a 125, C. P.):

Primer fundamento:

En las mesas números 2 de Guacos, Municipio de Albania y 202 y 229 de Bucaramanga, se incurrió en la causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación elec-

toral, prevista en el artículo 65, numeral 4 de la Ley 96 de 1985 así: "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".

Con base en los hechos que se describen en la demanda corregida, se afirma que tanto los jurados de votación como la Comisión Escrutadora Municipal quebrantaron el régimen electoral colombiano al violar los artículos 172 de la Constitución Nacional, 105, 108 y 113 de la Ley 28 de 1979 y 30 de la Ley 96 de 1985 y, "en tales circunstancias, los votos depositados en esas mesas no fueron legalmente escrutados ni por los jurados ni por las comisiones escrutadoras municipales, y por lo tanto, carecen de validez legal y deben ser anulados". Por esto, se afirma en la demanda, se afectó el sistema del cuociente electoral pues se computaron como válidos votos que no lo eran y ello determinó una adjudicación de curules para la Cámara de Representantes sobre un número de sufragios diferentes al que debió ser tomado como base.

Segundo fundamento:

En las mesas números 2 de la Inspección de Policía Chiflas, Municipio de Aratoca, 14 y 22 de la cabecera Municipal de Barbosa, 93 y 184 de Bucaramanga y 1 de Guzamán Municipio de Lebrija, se incurrió en la causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda Corporación Electoral, prevista en el artículo 65, numeral 4 de la Ley 96 de 1985 así: "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". En efecto, lo dice el actor, con los hechos que se narran se violaron los artículos 29, 30 y 35 de la Ley 96 de 1985, "pues si los votos en blanco deben tenerse en cuenta para obtener el cuociente electoral y no se tuvieron en cuenta, los votos realmente depositados en las urnas se computaron con violación del sistema electoral adoptado en el artículo 172 de la Constitución Nacional y por lo tanto varió el cuociente electoral, al no ser tenidos en cuenta un número de votos en blanco que servían para determinarlo con lo cual se calculó el cuociente en un número de votos que no era el real y verdadero, cifra inexacta sobre la cual se hizo la adjudicación de curules para la Cámara de Representantes de Santander".

Tercer fundamento:

En las mesas números 1, 2, 3 y 4 del Corregimiento de Cite y 7, 19, 20 y 21 de la cabecera municipal, se incurrió en la causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, prevista en el artículo 65, numeral 4 de la Ley 96 de 1985 así: "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". El demandante afirma que se incurrió en esta causal de nulidad, debido a que, por los hechos que narra, se violaron los artículos 116, 117 y 118 de la Ley 28 de 1979 y 33 y 39 de la Ley 96 de 1985, quebrantándose el sistema del cuociente electoral consagrado en el artículo 172 de la Constitución Nacional.

Cuarto fundamento:

En el Municipio de Barrancabermeja, se incurrió en las causales de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, previstas en el artículo 65, numerales 2 y 4 de la Ley 96 de 1985 así: "2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación".

"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".

Estas causales de nulidad se produjeron por cuanto, la Comisión Escrutadora Municipal de Barrancabermeja y los señores Delegados del honorable Consejo Nacional Electoral violaron los artículos 35 de la Ley 96 de 1985, 21, 23 y 29 de la Ley 85 de 1981 y 145 de la Ley 28 de 1979, por los hechos relacionados por el actor que concluyen en que, no hubo escrutinio municipal en Barrancabermeja ni tampoco lo realizaron los señores Delegados y, "no solamente se violó de manera grosera el artículo 21 de la Ley 85 de 1981, sino que del análisis de ciertos elementos se comprueba con evidencia irrefutable que se incurrió en la causal 2 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, vicio de nulidad que afecta el cómputo de toda la votación depositada en Barrancabermeja para la Cámara".

Con base en los hechos que expone, el actor concluye que "todas las anteriores irregularidades y violaciones de las leyes, en últimas, afecta el sistema electoral adoptado en la Constitución Nacional y en las leyes de la República, especialmente el artículo 172 de la Constitución Nacional y el artículo 1º de la Ley 96 de 1985, concretamente el principio de la proporcionalidad".

Quinto fundamento:

En las mesas números 8 y 166 de Bucaramanga, se incurrió en la causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, prevista en el artículo 65, numeral 6 de la Ley 96 de 1985 así: "Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de esta ley", puesto que en dichas mesas de Bucaramanga se dio el evento previsto en la tercera causal de reclamación de que trata ese artículo 42 y que dice: "Cuando los cuatro ejemplares de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres de estos".

Sexto fundamento:

En las mesas números 233, 329 y 489 de Bucaramanga, se incurrió en la causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, prevista en el artículo 65, numeral 6 de la Ley 96 de 1985 así: "Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de esta ley", puesto que en dichas mesas de Bucaramanga se dio el evento previsto en la décima causal de reclamación de que trata ese artículo 42 y que dice: "Cuando en un jurado de votación se computen votos a favor de los candidatos a que se refiere el artículo

37 de esta ley", artículo éste que estipula: "Los candidatos o corporaciones públicas, sus cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad o primero civil, no podrán ser claveros, jurados de votación, miembros de comisiones escrutadoras o secretarios de estas, dentro de la respectiva Circunscripción Electoral..."

Séptimo fundamento:

En las mesas números 17 de Lebrija, 17 de San Vicente, 102 y 185 de Bucaramanga, se incurrió en las causales de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, previstas en el artículo 65, numerales 4 y 6 de la Ley 96 de 1985 así: "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".

"6. Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de esta ley", puesto que en dichas mesas se dio el evento previsto en la séptima causal de reclamación de que trata ese artículo 42 y que dice: "Cuando los pliegos se hayan introducido al arca triclave extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violación, fuerza mayor o caso fortuito, certificados por funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos".

Octavo fundamento:

En las mesas números 497 y 502 de Bucaramanga, se incurrió en la causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, prevista en el artículo 65, numeral 4 de la Ley 96 de 1985 así: "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". Esta causal se dio, dice el actor, debido a que, por los hechos descritos, se violó el artículo 30 de la Ley 96 de 1985 y como consecuencia de ello el artículo 33 de la misma ley, y "se incurrió en la causal 4 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, pues se computaron *votos no válidos* para determinar el cuociente electoral, con lo cual se violó el sistema electoral establecido en el artículo 172 de la Constitución Nacional y en las leyes".

Noveno fundamento:

En la mesa número 500 de Bucaramanga se incurrió en la causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, prevista en el artículo 65, numeral 4 de la Ley 96 de 1985 así: "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". En efecto, el actor dice que en esta mesa se dieron las circunstancias siguientes:

"a) Los jurados dejaron constancia en la hoja 6 del formulario E6-C, que contaron dos veces los votos por haber olvidado 'un paquete' y que el total de Cámara era de 246 votos;

"b) En la hoja número 3 del formulario E6-C anotaron sin embargo un total de 248 votos por lista y 1 *nulo*, habiéndole adjudicado al candidato José Luis Mendoza Cárdenas 77 votos;

"c) La Comisión Escrutadora afirma en el Acta General de Escrutinio de la Zona 6 (que se anexa), que al recontar los votos para José Luis Mendoza Cárdenas se encontraron 75;

"d) No obstante lo anterior en el cuadro estadístico elaborado en el Escrutinio Municipal para el cómputo definitivo se anotaron por dicho candidato 76 votos y 2 *nulos*;

"e) *Curiosamente* al 'recontar' los votos del *citado candidato y encontrar* que eran 2 *menos* de los que figuraban en el Acta el total computado fue de sólo 247 votos por listas (Debía ser 246 menos 2 si el total era el que hicieron contar los jurados o 248 menos dos si era el que figuraba en el Acta). Y extrañamente *se aumentó 1 voto nulo.*

"Desde la misma Acta de Escrutinio de jurados de votación se comprueba que no coincidían los totales anotados en las constancias finales (246) y en la hoja número 3 de Cámara (248), lo que agregado a contradictorias observaciones sobre votos repetidos, doble recuento por 'olvido' de computar un paquete de votos, *haci* (sic) absolutamente indispensable proceder a realizar el recuento total para cada una de las listas como lo ordena el artículo 33 de la Ley 96 de 1985.

"Y si a esto se agrega que la Comisión Escrutadora *anuló* sin tener competencia *un* (1) voto y certificó dos datos diferentes para el candidato Mendoza Cárdenas (75 en el Acta General y 76 en la Parcial), se concluye que hubo ostensible violación del sistema electoral se incurrió en la causal 4 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 y en la violación del artículo 172 de la Constitución Nacional" (fls. 120 a 121, C. P.).

Décimo fundamento:

En las mesas números 12 de la cabecera de Floridablanca, 8 de Zapamanga IV, Floridablanca y 10 y 11 de Puente Nacional, se incurrió en las causales de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, previstas en el artículo 65, numerales 2 y 4 de la Ley 96 de 1985 para los casos de que el registro sea falso, material o ideológicamente y se computen votos con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Nacional y en las leyes. Dice el actor que en estas mesas se violó los artículos 113 de la Ley 28 de 1979 y 29 de la Ley 96 de 1985 y que en tales mesas el dato anotado sobre existencia de votos blancos y nulos no corresponde a la realidad por cuanto en ninguno de estos casos se encontraron físicamente las papeletas correspondientes.

Undécimo fundamento:

En las mesas de votación de Florián, se incurrió en la causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, prevista en el artículo 65, numeral 6 de la Ley 96 de 1985 así: "6. Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de esta ley", puesto que en dichas mesas se dio el evento previsto en la séptima

causal de reclamación de que trata ese artículo 42 y que dice: "Cuando los pliegos se hayan introducido al arca triclave extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violencia, fuerza mayor o caso fortuito, certificados por funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos". Dice el demandante que, "en este Municipio se violaron de manera flagrante los artículos 39 y 40 de la Ley 96 de 1985 y por consiguiente se incurrió en la causal 7 de reclamación contenida en el artículo 42 de la Ley 96 de 1985 que es conforme al artículo 65 de la Ley 96 de 1985, numeral 6 causal de *nulidad* del Acta Parcial de Escrutinio Municipal de Florián".

Duodécimo fundamento:

En el Municipio de Piedecuesta se incurrió en la causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, prevista en el artículo 65, numeral 4 de la Ley 96 de 1985 así: "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". Esta causal se dio, dice el actor, porque el artículo 14 de la Ley 85 de 1981 fue quebrantado tanto por la Comisión Escrutadora Municipal como por los señores Delegados del honorable Consejo Nacional Electoral.

Agrega el demandante que "la violación del sistema legal sobre la institución del 'recuento', como se ha explicado, no puede conducir a la invalidación total de los votos o pliegos electorales de Piedecuesta, sino a su invalidación para en su lugar tener como válidos los que resulten comprobados que se emitieron en la diligencia judicial del *recuento* de papeletas, por cuanto una vez practicados como pruebas los 'recuentos' que se harán valer en esta etapa judicial quedará de bulto comprobado que hubo además 'error aritmético' en las Actas pertinentes", que obligan como lo mandan el artículo 42 de la Ley 96 de 1985 a hacer las rectificaciones correspondientes y no a la anulación total de los registros, lo cual iría contra el principio de la eficacia del voto que consagra el artículo 2 de la ley electoral de 1985".

La demanda presentada el 17 de abril del año en curso fue admitida, de conformidad con el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo, pero se denegó la suspensión provisional pedida por el actor (fls. 80 a 84, C. P.).

En memorial presentado el 17 de mayo del mismo año, el demandante corrigió la demanda. Esta corrección fue admitida y su trámite ordenado por auto del 28 de mayo último (fls. 266-267, C. P.).

El representante a la Cámara electo por la Circunscripción Electoral de Santander José Aristides Andrade impugnó la demanda y su corrección, mediante memoriales presentados por su apoderado (fls. 232 a 240 y 278 a 287, C. P.).

También impugnó la demanda, el representante electo para la misma Circunscripción Electoral, Norberto Morales Ballesteros (fls. 275 a 277, C. P.).

Se admitió a los dos mencionados intervinientes adhesivos y se decretaron las pruebas pedidas por las partes, por autos del 26 y 27 de junio pasado (fls. 295 a 298).

Practicadas las pruebas decretadas, se ordenó correr traslado a las partes por el término común de cinco días para que formularan sus alegatos por escrito y que, vencido dicho traslado, se hiciera entrega del expediente al señor Fiscal por el término de diez días para su concepto de fondo.

El demandante, por intermedio de un nuevo apoderado, presentó su alegato de conclusión, en el cual hace un recuento pormenorizado de los planteamientos hechos en la demanda corregida, reafirmando sus pretensiones a través de un estudio detallado de los cargos formulados contra el acto administrativo contenido en el Acta Parcial del Escrutinio General de los votos para Representantes a la Cámara practicado por los señores Delegados del honorable Consejo Nacional Electoral, de fecha 18 de marzo de 1986, en cuanto por medio de dicho acto se declaran elegidos representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Santander para el período constitucional 1986-1990, como principales y suplentes a los ciudadanos que relaciona el libelo. Igualmente, analiza los hechos de la controversia y las pruebas allegadas por las partes, para concluir solicitando que se resuelva favorablemente a sus pretensiones (fls. 329 a 364, C. P.).

El impugnador José Aristides Andrade alegó de conclusión reafirmando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y haciendo consideraciones para sostener que el actor no demostró que el acto administrativo electoral impugnado estuviera incurso en las causales de nulidad invocadas en la demanda y que dichas causales fueron desvirtuadas durante el proceso, concluyendo en que "porque el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de que goza el acto acusado y porque no existió ningún motivo ni sospecha que enturbiara la nitidez de las elecciones efectuadas en Barrancabermeja, ruego a la honorable Sala denegar las súplicas de la demanda".

Habiéndose cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad del proceso se entra a dictar sentencia, previas las consideraciones de rigor.

I. Consideraciones de la Sala:

La doctora Clara Forero de Castro, Fiscal Quinto de la Corporación, rindió un muy completo concepto de fondo acerca de los cargos formulados por el demandante contra el acto acusado y que de veras constituye un sensato análisis de las diversas situaciones fácticas y jurídicas sujetas al examen judicial, por lo que la Sala habrá de acogerlo en muchos de sus aspectos, como habrá de verse a continuación, pero naturalmente formulando las precisiones y conceptualizaciones que sean necesarias cuando el criterio del juzgador sea diverso.

El orden a seguir en el estudio de este complejo proceso electoral lo será siguiendo las mesas de votación, objeto de reparos por supuestas violaciones del sistema electoral, de los diversos Municipios del Departamento de Santander, señalados en el libelo inicial.

1. *Mesa número 2 de Guacos, Municipio de Albania.*

Sobre este caso se pronunció así la Fiscalía:

"A ella se refieren los folios 99 y 143 del cuaderno principal. Los folios 3 y 4 del cuaderno 4.

"Alega el libelista que no se dejó constancia ni de sobres excedentes ni de votos nulos ni se anotó el total de votos de Cámara. Pero que la Comisión Escrutadora Municipal al sumar comprobó que había un voto más del total de sufragantes y sin tener competencia lo anuló al azar.

"En cuanto a disposiciones violadas se dice que se configura la causal de nulidad de Actas de Escrutinio de los jurados de votación, contemplada en el numeral 4º del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 que reza: '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'. Argumenta que la Comisión Escrutadora Municipal debió dar aplicación a los artículos 105 y 108 de la Ley 28 de 1979.

"Las pruebas nos muestran que el número de sufragantes fue de 229 para la Cámara de Representantes. Aun cuando no se anotó el total en el formulario E6-C, era fácil hacerlo y advertir que los votos sumaban 230. Por lo tanto sobraba uno y la Comisión Escrutadora creyó cumplir con su deber al anularlo.

"Realmente que es lo que se ha querido cuando el artículo 105 de la Ley 28 de 1979 prescribe que si se escrutare un número mayor de votos que el de ciudadanos que sufragaron, se introducirán los votos de nuevo en la urna y después de moverlos para alterar su colocación, se sacarán a la suerte tantos sobres cuantos sean los excedentes y sin abrirlos se quemarán inmediatamente.

"En verdad no se dejó constancia de haber cumplido con todo este ritual, pero el demandante quien era el obligado, no demostró que así no se hubiera hecho. Lo cierto es que las anotaciones dejadas indican que hubo un voto de más y al azar no se tuvo en cuenta.

"Con ello, a juicio de la Fiscalía, no se desconoce el sistema electoral vigente. Es preciso recordar, porque esas serán las directrices que guiarán el criterio de este Despacho al conceptuar, que el espíritu general de las leyes electorales es el de proteger los sufragios legítimamente emitidos y que no toda transgresión de las disposiciones electorales está sancionada con la pena de anulación.

"En consecuencia, el cargo no debe prosperar".

La Sala acoge los anteriores puntos de vista, pero tan sólo formula la anotación de que cuando no se dejare constancia en el Acta de Escrutinio de las circunstancias anotadas en el inciso primero del artículo 105 de la Ley 28 de 1979, deba el demandante sin embargo demostrar que así no se hizo, puesto que aquello equivaldría, contra la lógica probatoria, a exigir que las negaciones indefinidas tengan que probarse. *Affirmanti, non neganti, incumbit probatio,* reza el principio de derecho romano que a su vez recoge el artículo 117 del Código de

Procedimiento Civil cuando prescribe que las negaciones indefinidas no requieren pruebas.

2. *Mesa número 2 de la Inspección de Policía de Chiflas, Aratoca.*

La Sala comparte el criterio de la Fiscalía sobre la supuesta omisión de dos votos en blanco, que como es obvio deben tenerse en cuenta para la determinación del cuociente electoral. Dijo así la colaboradora Fiscal:

"Folio 99, cuaderno 1; folio 8, cuaderno 4; folios 14 y 302, cuaderno 2.

"Según la demanda no se computaron dos votos en blanco. Si la Ley 96 de 1985 ordena en su artículo 29 que 'el voto en blanco se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral', cuando ello no se hace, el cómputo resulta violatorio del sistema electoral vigente.

"Examinando las pruebas, al folio 14 del cuaderno 2 se lee una constancia según la cual se encontraron 2 sobres vacíos; no dos votos en blanco; y una papeleta que dice: 'Blanco 2'. Todo esto se introdujo en un sobre y se anexó a los votos del Concejo.

"A juicio de la Fiscalía, no está plenamente establecida la existencia de votos en blanco y su falta de anotación en el cuadro estadístico totalizador (fl. 302, C. 2) no indica con certeza que no se hubieran tenido en cuenta.

"En realidad parece exagerado invalidar toda la votación de una mesa cuando sería el caso de corregir cómputos, asimilando la situación a un error aritmético.

"El cargo no debe prosperar".

3. *Mesas 14 y 22 de la cabecera Municipal de Barbosa.*

Sobre las posibles anomalías en las referidas mesas, la Sala indefectiblemente tiene que acogerse al criterio de la Fiscalía, cuando sobre el particular anota:

"Folios 99, 146 y 147, cuaderno 1; folios 79, 80 y 288, cuaderno 2.

"En el Acta General de Escrutinio Municipal, folios 146 y 147, se anotó que en la mesa 14 hubo un voto en blanco que no se tuvo en cuenta y respecto a la mesa 22, se computa un voto en blanco para Cámara y Senado. A folios 79 y 80, cuaderno 2 aparece anotado.

"En los cuadros totalizadores no aparecen anotados, pero esta omisión, como ya se dijo en el caso anterior, no tiene fuerza suficiente como para invalidar una votación completa.

"Muchas veces el Consejo de Estado ha sostenido que no todas las actuaciones irregulares determinan la invalidez de los sufragios o de los registros, porque de ser así se correría el riesgo de dejar al arbitrio del transgresor el resultado electoral de las urnas.

"El cargo no debe prosperar".

4. *Mesas 202 y 229 de Bucaramanga.*

Sobre el particular se acoge, y por ende, se transcribe lo dicho por la Fiscalía:

"Folios 100-194 y 197 del cuaderno 1; folios 41 y siguientes, cuaderno 2; folio 101, cuaderno 1; folio 45, cuaderno 2.

"Lo ocurrido en estas mesas fue lo siguiente: En la mesa 202 según el demandante, los jurados de votación rompieron un voto por el doctor Carlos Plata Castilla, sin que exista constancia de excedentes o votos nulos y en la 229 se quemó un sobre contentivo de papeleta de votación cuando el número de sobres extraído de la urna era igual al de sufragantes registrado.

"Se afirma en la demanda que en forma arbitraria e ilegal se desvirtuó el resultado auténtico de la votación en esas mesas, violándose así el sistema del cuociente electoral.

"Al examinar las pruebas observa la Fiscalía que en la mesa 202 se anotaron 159 sufragantes y en la 229, 175.

"Se dejó constancia —folios 41-43, cuaderno 2— de que la señora Isabel Cepeda Alaque, con cédula de ciudadanía 37.818.791 había votado en la mesa 202 sin corresponderle, con el número de orden 59, cuando debía haberlo hecho en la 201.

"En consecuencia se dio como total de votos por listas 158, descontando el que no pertenecía a esa mesa.

"En la 229 se recibió el sufragio 031 por error, pues la persona debía votar en otra diferente, y por eso los jurados procedieron a quemar un voto.

"En primer término se advierte, que no está probado que el voto dejado de computar en la mesa 202 fuera por el doctor Plata Castilla. Esa es una mera afirmación del libelo, pues nadie tenía porqué saber cuál voto había sido suprimido.

"En ambos casos los jurados asimilaron esta situación atípica, pues no está contemplada en las normas, a la adscrita en el artículo 105 de la Ley 28 de 1979. Su proceder no aparece doloso o mal intencionado. Hicieron lo que les pareció que era correcto conforme a la ley.

"Por otra parte, esa situación no encaja dentro de las causales de nulidad de las Actas de los jurados y resultaría contrario al espíritu de las leyes electorales, dejar sin valor la totalidad de los votos legítimamente emitidos, sólo porque se duda de la solución dada por los jurados a un caso para el que las normas no han indicado un precisa.

"Por tanto, el cargo no debe prosperar".

5. *Mesa 93 de Bucaramanga.*

Se acoge el criterio fiscal cuando allí se dice:

"Folios 100 y 185, cuaderno 1; folios 32 y 290, cuaderno 2.

"En el Acta General del Escrutinio Auxiliar de la Zona 01 se dejó constancia de 4 votos en blanco que no se computaron, y en la totalización municipal tampoco se anotaron. Sin embargo no existe plena prueba de que a pesar de esas constancias no se hubieran tenido en cuenta por las demás autoridades que intervienen en el proceso electoral.

"Además, ya la Fiscalía dejó expuesto su criterio a este respecto, en casos anteriores exactamente iguales.

"El cargo no debe prosperar".

6. *Mesa número 1 de Guzamán, Municipio de Lebrija.*

El caso planteado es idénticamente igual al previsto en el número 5 anterior, y por tanto el cargo no podrá prosperar.

7. *Mesas números 1, 2, 3, 4 del corregimiento de Cite en Barbosa. Mesas 7, 19, 20, 21 de la cabecera Municipal de Barbosa.*

Folios 145, 151 y 152, cuaderno 1.

El fundamento fáctico de este cargo se hace consistir en que los votos depositados en las mesas anteriormente mencionadas, junto con los documentos electorales del caso, fueron introducidos en una caja que en materia alguna constituía un "arca triclave", como quiera que los "claveros", se permitieron habilitar al respecto una caja carente de candados pero que fue sellada mediante la adhesión de 'franjas o tiras de papel", según se afirma en el libelo; pero que no satisface las exigencias de los artículos 116, 117 y 118 de la Ley 28 de 1979. La demanda a su vez agrega el hecho de que los claveros decidieron sacar de la única arca triclave los documentos electorales de ciertas y determinadas mesas de votación del casco urbano de Barbosa (7, 19, 20 y 21) y los depositaron en la aludida caja, "que no arca triclave".

De lo anterior se hace colegir que las autoridades electorales violaron el sistema electoral establecido en las leyes, especialmente los preceptos legales anteriormente citados, como los artículos 33 y 39 de la Ley 96 de 1985, por lo cual se terminó quebrantando el sistema del cuociente electoral consagrado en el artículo 172 de la Carta, evento que se erige en causal de nulidad de acuerdo con el artículo 65, numeral 4 de la Ley 96 en cita.

La opinión de la Fiscalía ante este respecto es la siguiente:

"En el Acta General del Escrutinio Municipal de Barbosa, al folio 145 del cuaderno 1 se dejó la constancia de que en el Municipio 'se habilitaron dos arcas o urnas triclaves, de las cuales una de ellas no posee candados, pero se encontraron debidamente selladas, por sus respectivos claveros y, estas y sus firmas se hallaron en perfecto estado'.

"La otra arca triclave se encontró con tres candados y sellada con sus respectivas firmas y sellos correspondientes a los claveros.

"Efectivamente la ley contempla la existencia de un arca triclave e indica cuáles son sus características. Es indudable que con ello se busca, como lo dice el demandante, proporcionar la máxima seguridad en la custodia de los documentos electorales.

"Está previsto sí que cuando el volumen de documentos electorales lo haga indispensable, podrán utilizarse locales u oficinas que se acondicionarán como arcas triclaves. La habilitación de arcas distintas, como aquella que habilitaron en Barbosa, no está ciertamente autorizada por la ley. Si las normas previeran la existencia de unas arcas con determinadas seguridades y la introducción de los pliegos electo-

rales en ellas dentro de determinado límite de tiempo, fue precisamente para garantizar la pureza del sufragio y evitar fraudes y adulteraciones.

"Por esa razón también se erigió en causal de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral, el hecho de que 'los pliegos se hayan introducido en el arca triclave extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violencia, fuerza mayor o caso fortuito, certificados por funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos'.

"Aun cuando el caso aquí descrito no es exactamente de introducción extemporánea de pliegos en el arca triclave, puede asimilarse pues la irregularidad consistió en no haberlos introducido en un arca con las características indicadas en la ley.

"La causal de nulidad anotada no se aplica cuando el hecho irregular ocurre por hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 42, ordinal 7º de la Ley 96 de 1985.

"Las pruebas examinadas indican claramente que los documentos electorales fueron entregados oportunamente y que ante la insuficiencia del arca triclave suministrada, se resolvió 'habilitar' otra, que en verdad no reunía las seguridades de ley.

"Este es un hecho imputable sólo a los funcionarios encargados del recibo de los documentos electorales y por tanto cree la Fiscalía que no constituye causal de nulidad de las Actas de Escrutinio.

"Si por otra parte, no hay indicios ni pruebas de alteración de los documentos introducidos en el 'arca habilitada' pues los escrutadores encontraron intactos los sellos y las firmas, no se justifica la anulación de los sufragios consignados en las mesas cuestionadas.

"Existiendo las Actas del Registrador, las de los Tribunales etc., se cuenta con suficientes elementos de juicio, para que aplicando lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 96 de 1985, se haga un recuento de los votos que despeje las dudas que puedan existir sobre los resultados electorales de dichas mesas, en vez de la anulación solicitada. Esa es la opinión de la Fiscalía en cuanto al cargo que se acaba de analizar".

Sea preciso señalar que el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, que subroga el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, señala entre otras causales de nulidad de las Actas de Escrutinios de los jurados de votación y de toda corporación electoral, "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".

El Consejo de Estado en sentencia de 5 de julio de 1985 (Expediente 1175, Consejero ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez) señaló el alcance de lo que debe entenderse por sistema electoral y al efecto dijo:

"La demanda sostiene que el 'sistema electoral' a que se alude comprende no solamente el cómputo de los votos, sino el procedimiento en general y total previsto en la ley para realizar los comicios. A su turno, la sentencia apelada y el concepto de la Fiscalía de la Corporación manifiestan que esa expresión se refiere exclusivamente al sistema 'del cuociente electoral'.

"La interpretación exegética conduce a precisar que se habla del 'sistema electoral' con referencia a la 'computación de votos emitidos'. El verbo rector de esa expresión es 'computar'. O sea que para efectos de computar los votos —solamente a ello alude la norma— debe tenerse en cuenta el sistema electoral prescrito en la Carta y en la ley. En sentido contrario, que cuando no se computen los votos conforme a ese sistema electoral, se da la causal de nulidad. Y es claro que el sistema electoral que señala la *forma de computar los votos*, a que alude la Constitución y la ley, es el sistema del *cuociente electoral*.

"Una nueva forma de interpretar la aludida expresión, y que conduce al mismo resultado, consiste en el análisis del artículo 172 de la Constitución Nacional. En sus cinco primeros incisos se advierten tres aspectos diferenciados: a) Una *finalidad* política del sistema electoral, cuando advierte que se establece 'a fin de asegurar la representación proporcional de los partidos' en las elecciones popular y en las que hagan las corporaciones públicas, cuando se vote por dos o más individuos; b) *Un sistema electoral* acorde con esa finalidad, que es del cuociente electoral, y c) *Un procedimiento* para aplicar el sistema del cuociente electoral, en el cual se señala la forma de *computar* los votos y de adjudicar los puestos de cada lista.

"En el artículo 173 *ibídem*, se repite el sistema electoral del cuociente electoral como aplicable a la provisión de cargos en la Rama Jurisdiccional y parcialmente del Ministerio Público.

"Se concluye así que la Carta entiende por sistema electoral colombiano el del cuociente electoral, como forma de computación de votos a fin de asegurar la representación proporcional de los partidos.

"4. No es posible, entonces, entender por sistema electoral el conjunto de procedimientos que la ley prescribe para realizar las elecciones populares, que van desde el señalamiento de fechas para realizarlas, la designación de jurados, el uso de papeletas, el voto secreto, la designación de jurados y de claveros, los escrutinios, hasta la declaración de los candidatos electos.

"Desde luego los procedimientos reglados en la ley cuentan para efecto de la validez de las elecciones, porque el Derecho Administrativo es esencialmente formal, para control de la administración y garantía de los administrados, razón por la cual se erige ordinariamente en causal de nulidad la inobservancia ilícita de las formas exigidas para documentar los actos administrativos (C. C. A., art. 84), y puede llegar a afectarse la validez por el desconocimiento de las formalidades o procedimientos reglados para la actuación administrativa. A la manera como lo concibe la doctrina y la jurisprudencia francesa, puede hablarse de la nulidad causada por *vicios de procedimientos*, como modalidad de la expedición irregular del acto administrativo, o de la actuación administrativa irregular por desconocimiento o contrariedad de

los procedimientos administrativos reglados, pero cuando ellos afectan sustancialmente la decisión.

"Esa última modalidad de nulidad no ha sido prevista expresamente en nuestra ley electoral que señala taxativamente las causales o motivos que la generan. Pero es claro que a ella se llega si la finalidad perseguida con el sistema electoral del cuociente adultera la voluntad popular, mediante el empleo de medios ilícitos o fraudulentos".

Entiende la Sala que el sistema electoral en Colombia está establecido no sólo para asegurar la representación proporcional de los partidos mediante el mecanismo del cuociente electoral, sin que el simple quebrantamiento de uno u otro modo de obrar o proceder en orden al objetivo dicho, pueda suscitar la invalidez de la elección, sino también para "que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de la voluntad del elector expresada en las urnas" (art. 1º, Ley 96). Precisamente por ello sólo se erigen en causales de nulidad aquellas circunstancias o casos taxativos del artículo 65 de la Ley 96, que de suyo implican un grave desmedro a la esencia misma del régimen electoral, pero sin que otras irregularidades menores, originadas en conductas u omisiones provenientes de los funcionarios electorales o de los mismos sufragantes o terceros, tengan la virtualidad de anular los escrutinios que constituyen el acto de reconocimiento y recuento de los votos emitidos.

Bajo las precisiones anteriores no cabe olvidar que el régimen electoral colombiano está sujeto a un conjunto de proposiciones fundamentales que lo informan o tutelan, y es por ello que el artículo 1º de la Ley 96 prescribe que el "objeto de esta ley es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas". Y precisamente ya bajo esa égida o amparo, continúa la norma en cuestión: "En consecuencia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral y, en general, todos los funcionarios de la organización electoral del país, en la interpretación y aplicación de las leyes, tendrán en cuenta los siguientes principios orientadores: 1. *Principios de la imparcialidad:...*; 2. *Principio del secreto del voto y de la publicidad del escrutinio:...*; 3. *Principio de la eficacia del voto:...*; 4. *Principio de la capacidad electoral...*; 5. *Principio de la proporcionalidad...*"

Es del caso señalar que cada una de las causales de nulidad previstas en el artículo 65 de la Ley 96 tiene su propia autonomía y particularidad, sin que sea factible que cualquier defecto no previsto allí, ni en las causales de reclamación del artículo 42 de la misma, pueda invocarse como una violación del sistema electoral. Pero entiende la Sala que esta causal tiene aplicación cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con desconocimiento no sólo del mecanismo del cuociente electoral como medio para asegurar la representación proporcional de los partidos, sino, además, de los principios esenciales o fundamentales que orientan el proceso de integración del poder político mediante el sufragio popular.

Quiere decir lo anterior que no están comprendidos en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 los defectos, irregularidades o vicios de carácter procedimental en que se incurra en las etapas de votación y de escrutinio, que incluye la guarda y conducción de los documentos electorales, algunos de los cuales, los graves, ya están sancionados por la ley como causales específicas de nulidad.

Es claro que la necesidad del arca triclave en los certámenes electorales públicos obedece a un criterio de seguridad, pero si a su pesar los documentos electorales conservaron su genuina certeza, obviamente, el resultado ha de merecer el consiguiente respeto. Dicho en otras palabras, la omisión de aquél receptáculo electoral, que por otro lado debe estar sujeto a unas exigencias legales mínimas de seguridad, no está erigida por sí sola, autónoma e independientemente, en causal de nulidad, ni en causal de reclamación directa ante las comisiones escrutadoras. Sólo cuando a su falta, o indebido reemplazo, se apareje cualesquiera de las causales de reclamo o de nulidad, bien puede darse la condigna irrisión.

En el caso presente no se ha demostrado que por las cajas utilizadas, sin el lleno de las exigencias legales, se haya incurrido en fraude por ejemplo. Ni este tampoco se ha alegado. No se alegó ni se demostró tampoco que la voluntad electoral haya sido adulterada. La situación alegada, por otra parte, no conduce per se a la violación del sistema electoral, que como se ha dicho su prístina finalidad es el logro del cuociente electoral que previene el artículo 172 de la Carta Fundamental.

Por las razones anteriores no prospera el cargo.

8. *Escrutinios de Barrancabermeja.*

Folios 40, 47, 99, 111, 132, 155, 161, 172, 242 a 262, cuaderno 1; folios 27 a 33 y 55 a 56, 67 y siguientes, cuaderno 3.

Por cuanto aclara el problema suscitado con los escrutinios de aquella ciudad, se transcribe lo dicho por la Fiscalía, que la Sala por otra parte acoge, en sus aspectos generales, pero no en cuanto impetra un recuento de los votos consignados en Barrancabermeja y sus corregimientos:

"Sostiene la demanda que en Barrancabermeja no se realizó escrutinio municipal. Que existen dos 'Actas Generales de Escrutinio Municipal de Barrancabermeja' un 'Acta Parcial de Escrutinio Municipal' para Cámara que sólo incluye los corregimientos y otras tres Actas Parciales de Zona cuando sólo hay dos Comisiones Escrutadoras Auxiliares y una Municipal, y que todas las Actas adolecen de protuberantes fallas, inconsistencias, tachaduras que les quitan toda claridad.

"Se tachan de falsas o apócrifas las dos 'Actas Generales de Escrutinio Municipal'. Se dice que las constancias de la Comisión Escrutadora Auxiliar de la Zona 2 (formulario E-50) no registraron, para ninguna mesa la información sobre si los pliegos fueron introducidos oportuna o extemporáneamente en el arca triclave. En los Escrutinios Generales realizados entre el 16 y 18 de marzo por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, solamente se leyeron y tu-

vieron en cuenta en relación con Barrancabermeja, las Actas Parciales de Zona pues no se llevó el Acta Parcial de Escrutinio Municipal que contuviera los datos totales por listas para Cámara de Representantes de todo el Municipio y los datos nunca fueron leídos durante los escrutinios generales; aparece además que el escrutinio municipal finalizó el día 13 de marzo de 1986, cuando en otras Actas Parciales y Generales de Zonas se observa que los escrutinios fueron terminados el 14.

"No aparecen en esa Acta las firmas de los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal, sólo la simple mención de que fue firmada y sellada por ellos, encontrándose más abajo la firma de tres personas que supuestamente corresponden a tres funcionarios de la Registraduría Municipal de Barrancabermeja y un sello.

"Como normas violadas se indican los artículos 23 y 29 de la Ley 85 de 1981 y el artículo 35 de la Ley 96 de 1985, invocándose las causales de nulidad 2ª y 4ª del artículo 65 de la Ley 96 de 1985.

"La verdad es que sí aparecen inexplicablemente dos Actas Generales de Escrutinio Municipal de Barrancabermeja, en las cuales intervinieron siempre, según su encabezamiento (fls. 35 y 153, cuaderno 1) los señores Luis Ernesto Silva Arenas, Angel Miguel Suárez Bernal, Gilberto Moreno Roa y Hermes Mantilla Tarazona. Además como Comisión Escrutadora Auxiliar figuran Jaime Lamus Villegas y Nubia Pinilla Amador o Nubia Carrillo Amador. En el Acta que aparece a folios 35 y siguientes se totalizaron resultados pero en la otra de folios 153 y siguientes no; y es en ésta en la que aparecen las firmas de los escrutadores.

"Es de anotar que ninguno de los impugnadores solicitó pruebas tendientes a aclarar esta situación provocada por la existencia de las dos Actas.

"Sin embargo, aparece en el Acta de Escrutinio Departamental, que se presentaron reclamaciones respecto a la votación de Barrancabermeja, entre otros, por parte del doctor Plata Castilla, y fueron resueltas ordenando recuento de votos (fls. 132 y ss., cuaderno 1).

"Por otra parte, la Resolución que obra al folio 159 demuestra que para el Escrutinio Departamental en verdad no se tuvo en cuenta ninguna de esas dos Actas que se tachan de apócrifas y de falsas, sino que se tomaron como base los formularios E-37 correspondientes a las zonas y a los corregimientos, para consolidar el resultado total. Este hecho, a juicio de la Fiscalía, en vez de tenerse como una irregularidad, debe ser considerado en beneficio de la pureza del sufragio, ya que los resultados anotados en tales formularios no han sido cuestionados, salvo en lo que se refiere a la fecha de firma del Acta de la Zona 1. Sin embargo, todos los formularios E-37 aparecen firmados antes del 14 de marzo de 1986, lo cual indica que en verdad se trató de un error involuntario.

"Si al hacer el Escrutinio Municipal se incurrió en falsedad al anotar que los resultados se leyeron en voz alta, es cuestión que pierde importancia puesto que las Actas mencionadas no se tuvieron en cuenta en el Escrutinio Departamental; sólo los formularios E-37.

"El hecho de no dejar constancia en el formulario E-50 sobre si los pliegos fueron o no introducidos extemporáneamente, es decir el abstenerse de llenar ese espacio en el formulario, es una irregularidad pero no, prueba suficiente de extemporaneidad.

"El formulario E-37 que aparece al folio 47 del cuaderno principal, sí se encuentra repisado.

"El formulario E-37 que obra a folios 161 y siguientes (sic) del cuaderno 1, no incluye sino los datos de los corregimientos puesto que es un Acta Parcial, precisamente de los corregimientos.

"La corrección que se observa al folio 172 no está probado que fuera hecha después de firmada el Acta; se encuentra antes de las firmas, y se refiere a resultados de Asambleas, que no afectan para nada los de Representantes a la Cámara.

"En síntesis, la Fiscalía opina que del análisis efectuado sobre la votación de Barrancabermeja y las irregularidades que allí se presentaron, surge no la anulación de la votación puesto que la apocrifidad de las Actas cuestionadas no perjudica al Escrutinio Departamental; pero sí la necesidad de aplicar el artículo 33 de la Ley 96 de 1985, haciendo un recuento de los votos consignados en el Municipio de Barrancabermeja y sus corregimientos".

El recuento de los votos no es del caso por las siguientes razones:

a) No se ha dicho que los documentos que sirvieron de base a los Delegados Electorales sean falsos; b) No se ha probado que los votos emitidos en las urnas se hayan destruido o perdido; c) Precisamente los Delegados Electorales en su Resolución número 13 de 16 de marzo de 1986 (fls. 159 y 160) al resolver la reclamación del señor Plata Castilla consistente en que en el Municipio de Barrancabermeja los resultados electorales para las diferentes corporaciones no fueron consignados en un Acta General, y que únicamente se dio lectura en el Escrutinio Departamental de Actas Parciales, dijeron que la causal alegada no se encuentra entre las que taxativamente se hallan previstas por el artículo 42 de la Ley 96 de 1985; d) Por otra parte los mismos delegados en esa misma Resolución, y en vista de la omisión en el Escrutinio Municipal de Barrancabermeja de elaborar un consolidado de los resultados de la votación, ordenaron elaborarlo; e) Si realmente existía la reclamación del señor Plata Castilla visible al folio 176 del cuaderno principal, la Comisión quedaba facultada para resolver.

Bajo tales postulados encuentra la Sala que la falta de Escrutinio Municipal no determina la causal 4ª de nulidad del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, o sea, la consistente en que votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución y en las leyes. No es este el caso. El caso planteado cabría dentro de la causal de reclamación del artículo 42 (4ª) de la referida ley, pero para ello se hace necesario no sólo la inexistencia del Acta de Escrutinio, sino la circunstancia de haberse

destruido o perdido los votos emitidos en las urnas, como quiera que la conjunción "y" allí empleada es copulativa, y por consiguiente para que la nulidad sea viable es de rigor el cumplimiento de las dos circunstancias anotadas.

Por consiguiente el cargo no prospera.

9. *Mesas 8 y 166 de Bucaramanga.*

Folios 28 y 3, cuaderno 2; folios 12, 24, 313, 319, 397 y 301, cuaderno 4.

El cargo formulado estriba en que las Actas de los jurados de votación de las referidas mesas tienen consignadas menos de las tres firmas, incurriéndose así en el vicio señalado en el numeral 3º del artículo 42 de la Ley 96.

Allegados a los autos los cuatro ejemplares de las Actas de Escrutinio correspondientes, se pudo comprobar que ellas en puridad de verdad no tienen sino dos firmas, por lo cual sobreviene su nulidad, habiéndose de excluir del cómputo general los votos de las mesas ya indicadas.

10. *Mesa 233 de Bucaramanga.*

Folios 101 y 108, cuaderno 1; folios 2 y 3, cuaderno 2.

La Sala acoge y repite lo dicho por la Fiscalía, así:

"El cargo que se formula consiste en que uno de los jurados de esta mesa, Pedro José Lukerna Arias, es hermano de la candidata a la Cámara de Representantes, Teresa Lukerna Arias, segundo renglón principal de la lista encabezada por Néstor Iván Moreno Rojas, según consta en Acta de Inscripción número 20 suscrita ante la Delegación Departamental de Santander que se trajo a los autos. Se cita como violado el artículo 37 de la Ley 96 de 1985, configurándose la causal de nulidad 6ª del artículo 65 de dicha ley.

"En efecto, el artículo 37 de la Ley 96 de 1985 prohíbe a los candidatos a Corporaciones Públicas, a sus cónyuges y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad o primero civil, ser claveros, jurados de votación, miembros de comisiones escrutadoras o secretarios de estas, dentro de la respectiva Circunscripción Electoral.

"La infracción a esta regla trae como consecuencia la nulidad del Acta de Escrutinio respectiva.

"Con las pruebas que obran a folios 2 y 3 del cuaderno 2 se establece fácilmente que uno de los jurados que actuó en la mesa 233 de Bucaramanga se hallaba en segundo grado de consanguinidad con una de las candidatas a la Cámara, es decir, es su hermano. En este caso es claro que ha debido manifestarse impedido. Si en la mesa 233 de Bucaramanga se computaron votos en favor de la lista encabezada por Néstor Iván Moreno Rojas de la cual hacía parte la señorita Teresa Lukerna, este hecho es causal de nulidad del Acta de Escrutinio y tales votos no podrán ser tenidos en cuenta".

11. *Mesas 329 y 489 de Bucaramanga.*

Folio 101, cuaderno 1; folios 1, 4, 5 y 6, cuaderno 2.

Este cargo es similar al anterior, pero con la circunstancia de que en el caso de los jurados de votación Tarcisio Jaimes Jaimes y Eduardo Uribe Sarmiento, no se pudo establecer el grado de parentesco alegado con los candidatos a la Cámara de Representantes Víctor Julio Jaimes Jaimes y Rafael Uribe Uribe, máxime que con estos dos últimos nombres, según certifica la Registraduría Nacional del Estado Civil, se encontraron muchos homónimos (fl. 1, C. 2).

Por tanto el cargo no prospera.

12. *Mesa número 17 de Lebrija.*

Folio 207, cuaderno 1; folio 292, cuaderno 4.

Este cargo no prospera como pasa a verse. Se afirma en la demanda que según constancia que aparece en el Acta General de Escrutinio Municipal de aquel Municipio, se hizo el recuento general de votos para Cámara de Representantes a pesar de que el sobre que contenía los votos fue entregado después de haberse cerrado la urna triclave. Pero acontece que lo que se hizo fue dársele aplicación al artículo 33 de la Ley 96, o sea, que se procedió al recuento de votos, comprobándose que los votos eran los mismos que aparecían de las Actas de los jurados de votación.

13. *Mesa número 17 de San Vicente.*

Folios 187 y 193, cuaderno 1.

Mesas 102 y 185 de Bucaramanga.

Folio 22, cuaderno 2.

Lo dicho sobre las anteriores mesas por la Fiscalía, es pertinente y lo acoge la Sala:

"El cargo formulado en este caso consiste en que las Actas de los jurados de votación de estas mesas no fueron introducidas dentro del sobre forma 1 del arca triclave. La no introducción de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación impedía a la Comisión Escrutadora Municipal tenerlas en cuenta, según mandato del artículo 40 de la Ley 96 de 1985, dice el actor. Efectivamente, fue la Comisión Escrutadora Auxiliar la que constató tales irregularidades. Pero como contaban con el Acta del Registrador, y con los votos, pudieron hacer el escrutinio, como lo prevé el artículo 124 de la Ley 28 de 1979.

"Estima la Fiscalía que a pesar de la omisión anotada, el proceder de la Comisión fue correcto y se hizo efectivo el derecho del sufragio, que no podía verse afectado por los errores de los funcionarios encargados de introducir los pliegos en los sobres que se guardan en el arca triclave. Este parece ser el espíritu de los artículos 33 y 42, ordinal 7º de la Ley 96 de 1985. Sin perjuicio claro está, de la responsabilidad y de las sanciones que puedan caber a tales funcionarios.

"Así las cosas, el cargo no está llamado a prosperar".

14. *Mesas números 497 y 502 de Bucaramanga.*

Folio 203, cuaderno 1; folio 63, cuaderno 2.

La Sala también acoge y hace suyos los siguientes planteamientos de la Fiscalía:

"Se afirma en el libelo que los jurados de votación no llenaron las respectivas Actas de Escrutinio y por tanto ello se hizo por la Comisión Escrutadora Municipal, dejándose constancia en el Acta General de la Zona 6.

"Como disposiciones violadas se citan los artículos 30 y 33, inciso 2º de la Ley 96 de 1985, pues las Actas de Escrutinios de los jurados de votación para que así puedan llamarse, deben contener el cómputo de los votos hechos por los jurados. Se puede sostener que no fue introducida el Acta de Escrutinio en el arca triclave, conforme al artículo 40 de la Ley 96 de 1985. Se presentan entonces, según la demanda, las causales 4ª y 6ª del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, en concordancia con la causal 7ª del artículo 42 de dicha ley.

"Estima la Fiscalía que le asiste razón al demandante, pues ello es tanto como no haber efectuado el escrutinio de las mesas. Si la ley sanciona con la nulidad de las Actas el hecho de que los cuatro ejemplares se encuentren firmados por menos de tres jurados, con mayor razón debe haber nulidad cuando no exista Acta ninguna, por no haberse llevado a término el escrutinio de las mesas. La Comisión Escrutadora carecerá en ese caso de elementos de juicio suficientes para escrutar. En efecto, no cuenta con Acta del Registrador ni con Actas Parciales, pues no se trata en este caso de Escrutinio General para totalizar los datos de un Municipio.

"En opinión de este Despacho, debe anularse la votación de las mesas 497 y 502, en las cuales los jurados no elaboraron Actas de Escrutinio".

De consiguiente el cargo prospera.

15. *Mesa número 500 de Bucaramanga.*

Folios 59 y 60, cuaderno 4; folio 203, cuaderno 1; folios 66, 68 y 296, cuaderno 2.

Este cargo está llamado a prosperar y verdaderamente lo expuesto por la Fiscalía es correcto:

"Dice el demandante: 'Según la Comisión Escrutadora Auxiliar de la Zona 6, se hizo el recuento de votos para el candidato José Luis Mendoza Cárdenas para Cámara, pero simultáneamente procedieron a anular un voto, para lo cual no tenía competencia. Inexplicablemente y en forma legal aumentaron de uno que tenía el Acta de los jurados a dos nulos que fueron computados en el Escrutinio Municipal como puede apreciarse en los cuadros correspondientes. Ni totales ni parciales coinciden en Actas'. Continúa afirmando que con la misma Acta de Escrutinio de los jurados de votación se comprueba que no coinciden los totales anotados en las constancias finales, aparte de numerosas tachaduras, enmendaduras y otras irregularidades que pueden observarse en las Actas, lo cual constituye evidente violación de nues-

tro sistema electoral, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985.

"Efectivamente, a pesar de haber constancia de que se hizo conteo dos veces, no coinciden los datos anotados finalmente en las Actas. Los que aparecen a folio 59, cuaderno 4, son verdaderamente ilegibles y no hay totalización. Olvidaron incluir en el conteo un paquete y nuevamente corrigieron.

"En realidad estima la Fiscalía que se configura la causal 11 prevista en el artículo 42 de la Ley 96 de 1985, pues evidentemente, consultando los diferentes resultados se observa que se incurrió en error aritmético al sumar resultados.

"En consecuencia, el cargo debe prosperar".

Debe procederse en consecuencia al recuento de votos de la referida mesa para enmendar el error aritmético.

16. *Mesa número 12 de la cabecera Municipal de Floridablanca.*

Folios 81, 83, 87 y 29, cuaderno 2.

Mesa número 8 de Zapamanga IV, Floridablanca.

Nada tiene que agregar la Sala a lo dicho por la Fiscalía respecto a la mesa número 12 de la cabecera de Floridablanca y por ende acoge sus planteamientos, en cuanto dice:

"Ciertamente según el Acta General de Escrutinio Municipal de Floridablanca, se hace mención de un voto nulo que no aparece y la Comisión Escrutadora supone que el jurado no lo introdujo dentro del sobre Forma 1. De todas formas se anuló un voto para Senado, pero en los resultados de Cámara se borró.

"La otra diferencia de votos a que hace alusión el actor, se refiere a los sufragios para la Asamblea, lo cual no afecta los resultados de la Cámara.

"No encuentra la Fiscalía configurada en las Actas de la mesa 12 de Floridablanca, ninguna falsedad ideológica, pues el mencionado voto nulo, no afectó la votación de Cámara que es la cuestionada".

Con lo que respecta a la mesa número 8 de Zapamanga IV, Floridablanca, indica el Acta General de Escrutinio Municipal (cuaderno 1, fl. 75) que en lo concerniente a la Cámara se corrige pues da un total de 298 y no 228. Agrega el Acta lo siguiente: "Se pasa una reclamación para que se anule la votación para Cámara por no aparecer los votos en blanco. Presentada por César González. Se adjunta esta reclamación para que sea resuelta por los Delegados del Consejo Electoral".

Dice la Fiscalía que la Comisión Escrutadora Municipal en dicha Acta certifica que los 40 votos en blanco no fueron depositados, pero realmente la única mención que se hace es la anteriormente transcrita que no es ni mucho menos una certificación, sino una simple atestación de la reclamación presentada "por no aparecer los votos en blanco", pero sin ni siquiera indicarse su cantidad.

No aparece evidenciado que no se hayan depositado los referidos votos en blanco. El Acta de Instalación y Escrutinio del jurado de votación de la mesa 8 de Floridablanca, corregimiento de Zapamanga IV Etapa (fls. 77 y ss., C. 1), al totalizar los resultados habla de 40 votos en blanco. En todo caso, con los documentos electorales traídos a los autos no es dable acreditar si la aseveración que se hace en la demanda sea veraz, y como al actor le corresponde la carga de la prueba, no puede ordenarse como se pide por la Fiscalía, la nulidad de las Actas de la mesa 8 de Zapamanga IV, ni tampoco los votos en ella depositados.

17. *Mesas números 10 y 11 de Puente Nacional.*

Folios 282 y 286, cuaderno 2.

Sostiene el demandante que según los formularios E6-C, en la mesa 10 se anotaron tres votos en blanco y en la mesa 11 cinco, y que finalmente no se computaron por inexistentes. Considera que pueden darse alguna de las causales de nulidad previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 65 de la Ley 96.

Pero evidentemente las irregularidades no existen. En efecto a folios 385 y 386 puede verse como los jurados de votación explican que en realidad de verdad no hubo votos en blanco, puesto que incurrieron en confusión al creer ellos que debía anotarse como votos en blanco la diferencia entre el número de posibles sufragantes de la mesa y el número real de votos depositados.

Tiene razón entonces la Fiscalía cuando dice sobre el particular que ni hubo desaparición física ni alteración de los resultados electorales.

El cargo no prospera.

18. *Mesas números 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la cabecera Municipal de Florián.*

Folios 102, 122 y 205, cuaderno 1.

Se trata en este caso de una simple irregularidad que da lugar al recuento de votos de las aludidas mesas, sin que sea viable declarar la nulidad de los mismos, en consonancia a lo dicho por el artículo 33 de la Ley 96.

Sobre este particular razona así la Fiscalía:

"Argumenta el actor que en esas mesas se violaron de manera flagrante los artículos 39 y 40 de la Ley 96 de 1985 y se incurrió en la causal 7ª de reclamación contenida en el artículo 42 de la Ley 96 de 1985, en concordancia con el numeral 6 del artículo 65 del mismo estatuto.

"Esto porque consta en el Acta de Introducción de documentos electorales, formulario E-20 (fl. 205, cuaderno 1) que los claveros de dicha localidad se reunieron para introducir los pliegos electorales a partir de las 11 sin especificar si de la mañana o de la noche, con lo cual resulta demostrada en forma protuberante la extemporaneidad.

"Igualmente se relata que aun cuando aparece que los tres claveros municipales se reunieron a esa hora, el Acta respectiva sólo está firmada por dos.

"La situación de hecho descrita es la que en verdad resulta del examen del formulario E-20 que obra al folio 205.

"Si los claveros se reunieron para introducir en el arca triclave los documentos electorales a las 11 del día 9 de marzo de 1986, tuvieron que hacerlo a las 11 de la noche, pues a las 11 del día todavía no se había cerrado la votación. Se observa sin embargo, que si a esa hora tenían en su poder los documentos es porque los recibieron oportunamente. Entonces la introducción extemporánea sólo resulta imputable a ellos y por tanto al tenor de lo dispuesto por el ordinal 7º del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, no es causal de nulidad. Procede entonces en vez de esta, el recuento de votos de que trata el artículo 33 inciso final de la misma ley".

19. *Solicitud de recuento de votos en las mesas de Piedecuesta.*

Folios 61, 62, 217, 225 y 226, cuaderno 1.

Sobre este pedimento discurre así la Fiscalía:

"Esta solicitud de recuento de votos fue presentada por el señor Jaime Méndez, testigo electoral del candidato a la Cámara Carlos Plata Castilla, desde cuando se inició el escrutinio municipal de Piedecuesta. Los Delegados del Consejo Nacional Electoral designados para Santander, mediante Resolución número 22 de 16 de marzo de 1986 negaron la petición.

"Como respuesta al recurso de queja elevado ante el Consejo Nacional Electoral, se produjo el Acuerdo 01 de abril 16 reconociendo la procedencia del recurso de apelación, pero confirmando la citada Resolución.

"El fundamento de la solicitud de recuento era el artículo 14 de la Ley 85 de 1981, por presentarse una diferencia de votación mayor del 10% entre la lista de Senado y la de Cámara de Representantes, del mismo grupo político.

"El acuerdo mencionado vino a ser acusado ante la jurisdicción cuando se corrió la demanda.

"Lo cierto es que en la petición formulada ante los Delegados, no se especificó ese 10% para cada mesa como lo exige la ley, y esa fue precisamente la razón de la negativa.

"Sin embargo, como la especificación omitida se encuentra a folios 225 y 226, estima la Fiscalía que debe accederse al recuento solicitado, para que se garantice al máximo la pureza del sufragio".

Las apreciaciones anteriores son razonables y por ende se accederá al recuento de votos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Falla:

Primero. Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta Parcial de Escrutinio General de los votos para representantes a la Cámara, de fecha 18 de marzo de 1986, practicado por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, y por medio del cual se declararon elegidos representantes a la Cámara para el período constitucional de 1986 a 1990 a los siguientes ciudadanos como principales y suplentes respectivamente.

Principales:

José Luis Mendoza Cárdenas, Tiberio Villarreal Ramos, Rafael Serrano Prada, Hernán Motta Motta, José Aristides Andrade, Hernán Beltz Peralta, Enrique Barco Guerrero, Manuel Horacio Nieves Mateus, Jorge Ardila Duarte, Alvaro Agón Obregón y Norberto Morales Ballesteros.

Suplentes:

Severiano Cala Toloza, Víctor Lizcano Murillo, Otto Leopoldo Ortiz Prieto, Leonardo Posada Pedraza, Alberto Enrique Murcia Severiche, Ciro Alfonso Crispín Landínez, Rafael Crisanto Valdivieso Sarmiento, Raúl Gómez Quintero, Luz Alba Porras de Gómez, Jairo Enrique Reyes Vargas y Liliam Sarmiento de Santamaría.

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad se ordena practicar un nuevo escrutinio para Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral de Santander y para el período antes dicho, del cual deberán quedar excluidos los votos depositados en las siguientes mesas de votación: Números 8, 166, 233, 497, 500 y 502 de Bucaramanga; y practicarse un recuento de votos en las mesas 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la cabecera Municipal de Florián, y en las mesas que funcionaron en el Municipio de Piedecuesta.

Tercero. El referido escrutinio se practicará a las nueve (9) horas del tercer día hábil siguiente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Cuarto. Si como consecuencia del nuevo escrutinio hubiese alteración en el resultado de los mismos, expídanse las credenciales a quienes corresponda, quedando por el mismo hecho sin valor ni efecto las expedidas a otras personas y háganse las comunicaciones que sean del caso.

Quinto. Comuníquese el alcance de esta sentencia al señor Registrador Nacional del Estado Civil, al Delegado Departamental del Estado Civil de Santander y al señor Gobernador del Departamento de Santander.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Presidente; ***Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Jorge Valencia Arango,*** Ausente; ***Joaquín Vanín Tello.***

Nubia González Cerón, Secretaria General (E.).

SENTENCIA. CONGRUENCIA. PARTE MOTIVA Y PARTE DISPOSITIVA (art. 163, C. N.). ACLARACION (art. 246 del Decreto 01 de 1984).

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número E-016. Actor: Carlos Plata Castilla.

El doctor Néstor Morales Ballesteros en su calidad de impugnador en el presente proceso electoral, solicita que se aclare la sentencia de fecha 26 de febrero del presente año, y al efecto expresa:

"1. *Delimitación del aspecto controvertido.*

"En el escrito de corrección de la demanda, el actor concreta el cargo respecto de la *nulidad* de la votación registrada en la mesa número 500 de la ciudad de Bucaramanga, en los siguientes términos:

" 'Según la Comisión Escrutadora Auxiliar de la Zona 6, se hizo el recuento de votos para el candidato José Luis Mendoza Cárdenas para Cámara, pero simultáneamente procedieron a anular un (1) voto, para lo cual no tenían competencia. Inexplicablemente y en forma ilegal aumentaron de uno (1) que tenía el Acta de los jurados a dos (2) nulos que fueron computados en el Escrutinio Municipal como puede apreciarse en los cuadros correspondientes. Ni totales ni parciales coinciden en Actas' (fl. 6 de la corrección).

"Luego, al precisar los fundamentos del cargo ('noveno fundamento'), a la par que se invocan las causales de anulación de las Actas de Escrutinio de los jurados de votación del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, específicamente las que se denominan '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', se pide el *recuento de votos* de dicha mesa, conforme al artículo 33 de la Ley 96 de 1985.

"La aclaración solicitada se refiere a la decisión tomada por el honorable Consejo de Estado, respecto de dicho cargo: Mesa 500, Municipio de Bucaramanga.

"2. *Sentencia: Parte considerativa.*

"El honorable Consejo de Estado en los considerandos del fallo cuya aclaración peticionó, indicó sobre el aludido cargo que seguía el

razonamiento de la Fiscalía, el que en síntesis apuntaba sobre este aspecto:

"'En realidad estima la Fiscalía que se configura la causal 11 prevista en el artículo 42 de la Ley 96 de 1985, pues evidentemente, consultando los diferentes resultados se observa que se incurrió en error aritmético al sumar resultados.

"'En consecuencia, el cargo debe prosperar'.

"Y la honorable Sala expresamente dispuso:

"'Debe procederse en consecuencia al *recuento de votos de la referida mesa para enmendar el error aritmético*' (fls. 50 y 51 del fallo, destaco).

"3. *Sentencia: Parte resolutiva.*

"En la fórmula resolutiva del fallo, en cambio, en el numeral segundo se indicó:

"'Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad se ordena practicar un nuevo escrutinio para Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral de Santander y para el período antes dicho, del cual deberán quedar excluidos los votos depositados en las siguientes mesas de votación:

"'Números...500...de Bucaramanga...'

"Quedó, en consecuencia, *anulada* la votación registrada en la mesa 500 del Municipio de Bucaramanga, votación sobre la cual la parte considerativa del fallo *anunció recuento para corregir el error aritmético.*

"4. *Procedencia de la aclaración.*

"Si bien es la fórmula que recoge la decisión de la Corporación la que vincula y surte los efectos procesales pertinentes, ella deberá estar en armonía con los considerandos de hecho y de derecho que sirven de aliento a la decisión. Dichas piezas de la sentencia son inescindibles en la apreciación y correcta interpretación del fallo, cuando las consideraciones constituyen el fundamento esencial que permite conocer y sopesar las razones jurídicas directas de la decisión.

"En este caso, para entender porqué se deba incluir la votación de la mesa 500 de Bucaramanga entre las que deban ser objeto de *recuento* o de exclusión, por anulación, en el escrutinio, es preciso remitirse a las consideraciones. Y frente a ellas, al rompe se aprecia que hay *contradicción* entre las consideraciones que anuncian *recuento* por error aritmético, y la exclusión de los votos prevenida en la resolución.

"La aclaración es, entonces, *necesaria*, por existir motivos de confusión o duda sobre las disposiciones de la sentencia, y así autoriza proceder el artículo 246 del Código Contencioso Administrativo, en el que se apoya este pedimento, oportunamente formulado.

"La incidencia de la duda o confusión en las resultas del juicio es palmaria: el *recuento* implica que los votos de la mesa 500 son *válidos* y que debe corregirse el error artimético encontrado, simplemente;

no contabilizar dichos votos por entenderse que la votación de la mesa 500 se anula, apareja un resultado jurídico y matemático totalmente diferente.

"Quedan así, a mi juicio, satisfechos los requisitos que la jurisprudencia (Auto de mayo 11 de 1983, Sección Primera, en C. C. A., Mario Madrid Malo G., E. Legis págs. 421 a 423; entre otros) y la doctrina exigen para que proceda la aclaración.

"5. *Sentido de la decisión que se pide.*

"Con fundamento en las razones expresadas, del honorable Consejo de Estado, solicito se disponga en la aclaración de la sentencia, que la *votación de la mesa 500 de Bucaramanga, será objeto de recuento*, y no de *exclusión* del Escrutinio por venir, como se lee en la parte resolutiva del fallo.

"Petición que se apoya, en síntesis, así:

"a) Hay incongruencia entre la motivación y la decisión, según se indicó anteriormente;

"b) El cargo que prospera, según la vista Fiscal prohijada por la Sala, consiste en que hay *error aritmético* en el escrutinio de la votación de la mesa 500 de Bucaramanga;

"c) La norma aplicable, según la misma vista, es el numeral 11 del artículo 42, inciso primero de la Ley 96 de 1985;

"d) Dicha norma, en su inciso tercero, dispone que la mencionada causal de reclamación desemboca en *corrección*, es decir, recuento y eliminación del error aritmético, no nulidad de los votos;

"e) La Sala dejó claramente consignado su pensamiento sobre los verdaderos alcances de la causal 4ª del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, de tal manera que el *error aritmético* no puede ser transportado de una medida remedial, como el recuento, a una medida punitiva, como la anulación de los votos".

Consideraciones de la Sala:

Es claro que la procedencia de la aclaración de la sentencia sólo tiene lugar cuando se hubiere incurrido en error aritmético o hubiere motivo de duda respecto de alguna de sus disposiciones, según la previsión del artículo 246 del Código Contencioso Administrativo y obviamente tal recurso procesal no puede dirigirse a modificar, o alterar, o reformar lo decidido en ella, tal como en otra oportunidad se dijera en auto de 11 de mayo de 1983.

Pero desde luego el problema aquí estriba en que no hubo la debida correspondencia o congruencia entre lo dicho en la parte motiva y en la parte resolutiva de la sentencia. En efecto, en la parte motiva se dijo respecto a la mesa de votación número 500 de Bucaramanga (fl. 457) haberse incurrido en error aritmético al sumar los resultados, y que por tanto debía procederse al recuento de votos "para enmendar el error aritmético"; mientras que en la parte resolutiva sin aveniencia alguna a lo antes dicho, al ordenarse en el numeral segundo un nuevo escrutinio para Cámara de Representantes

por la Circunscripción Electoral de Santander, se ordenó excluir los votos depositados en esa referida mesa número 500 de Bucaramanga. Cualquiera puede inferir el lamentable error o equívoco en que se incurrió.

La Carta señala que toda sentencia debe ser motivada (art. 163) y eso indica la debida correlación o causalidad que ha de darse entre la parte motiva y la dispositiva de un fallo judicial. Ya la Corte en alguna ocasión dijo que la aclaración debe presentarse en la parte resolutiva, o en la motiva, cuando esta incida eficazmente en la inteligencia que debe darse en la resolutiva (G. J., 579-80). O como dice Hernando Morales en su obra Curso de Derecho Procesal Civil (Edit. ABC, parte general, 8ª ed., pág. 502): "Las sentencias deben ser precisas y claras, en forma que la motivación no dé lugar a vacilaciones respecto al verdadero sentido de los conceptos y de las frases por la manera confusa de su resolución, al punto de no saberse que fue lo que el juzgador quiso decir. Si así no fuere procede la aclaración".

Obviamente, la parte resolutiva de la sentencia cuya aclaración se solicita contiene el error de excluir de los nuevos escrutinios los votos depositados en la mesa de votación número 500 de Bucaramanga, cuando lo dicho en la parte motiva, es completamente diferente, como ya se expresara. Es natural entender que el numeral segundo de la sentencia que ordena la práctica de unos nuevos escrutinios es consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de declaratoria de elección, contenida en el numeral primero, y como secuela de los vicios anotados en la parte considerativa, dentro de los cuales estaba la de la causal 11 del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, aplicable a la referida mesa y que dice: "Cuando aparezca de manifiesto que en las Actas de Escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella".

La segunda declaración de la sentencia es verdaderamente confusa, puesto que si media la práctica de un nuevo escrutinio del cual deben excluirse votos de mesas de votación que realmente resultaron nulos, otra es la suerte de aquellos casos en que se haya incurrido en error aritmético que da lugar a su enmienda, pero no a su anulación. La parte resolutiva precisamente por ello es susceptible de aclaración puesto que no guiándose por lo dicho en la parte motiva, confundió los reales casos de exclusión de votos o nulidad de los mismos (mesas números 8, 166, 233, 497 y 502 de Bucaramanga) con los de simple recuento de los votos (como los de las mesas 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la cabecera Municipal de Florián, y en las mesas que funcionaron en el Municipio de Piedecuesta), al haber incluido dentro de la primera categoría —exclusión de votos— los de la mesa número 500 de Bucaramanga que debían estar consignados en los de la segunda —recuento de votos—.

No aparece justa la apreciación que hace el actor en su memorial, oponiéndose a la solicitud de aclaración de la sentencia de que como su solicitud inicial en la demanda fue que se excluyeran del cómputo general los votos de la mesa 500 de Bucaramanga, y no su simple recuento; la parte resolutiva vino fue a conceder lo reclamado teniendo para ello como soporte jurídico el "criterio jurídico expuesto por la

Fiscalía tanto en su análisis como en su resumen de conclusiones..." El anterior planteamiento no es correcto por lo siguiente:

a) En la corrección de demanda sobre la mesa número 500 de Bucaramanga se expone lo siguiente (fls. 120 y 121):

"a) Los jurados dejaron constancia en la hoja 6 del formulario E6-C, que contaron dos veces los votos por haber olvidado 'un paquete' y que el total de Cámara era de 246 votos;

"b) En la hoja número 3 del formulario E6-C anotaron sin embargo un total de 248 votos por lista y 1 *nulo*, habiéndose adjudicado al candidato José Luis Mendoza Cárdenas 77 votos;

"c) La Comisión Escrutadora afirma en el Acta General de Escrutinio de la Zona 6 (que se anexa), que al recontar los votos para José Luis Mendoza Cárdenas se encontraron 75;

"d) No obstante lo anterior en el cuadro estadístico elaborado en el Escrutinio Municipal para el cómputo definitivo se anotaron por dicho candidato 76 votos y 2 *nulos*;

"e) *Curiosamente* al 'recontar' los votos del *citado candidato y encontrar* que eran 2 *menos* de los que figuraban en el Acta el total computado fue de sólo 247 votos por listas (Debía ser 246 menos 2 si el total era el que hicieron contar los jurados o 248 menos dos si era el que figuraba en el Acta). Y extrañamente *se aumentó 1 voto nulo*.

"Desde la misma Acta de Escrutinio de jurados de votación se comprueba que no coincidían los totales anotados en las constancias finales (246) y en la hoja número 3 de Cámara (248), lo que agregado a contradictorias observaciones sobre votos repetidos, doble recuento por 'olvido' de computar un paquete de votos, haci (sic) absolutamente indispensable proceder a realizar el recuento total para cada una de las listas como lo ordena el artículo 33 de la Ley 96 de 1985.

"Y si a esto se agrega que la Comisión Escrutadora *anuló* sin tener competencia *un (1)* voto y certificó dos datos diferentes para el candidato Mendoza Cárdenas (75 en el Acta General y 76 en la Parcial), se concluye que hubo ostensible violación del sistema electoral se incurrió en la causal 4ª del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 y en la violación del artículo 172 de la Constitución Nacional".

Precisamente en la misma sentencia se señaló el criterio de cuando es dable la causal 4ª del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo (art. 65 de la Ley 96 de 1985), o sea, cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral, no puede entenderse este con la amplitud de miras en que lo concibe el libelo, sino que por el contrario se hizo la precisión del carácter restrictivo que tiene la referida causal, no extendible a cualesquiera otros defectos o fallas en que se incurra durante el proceso electoral.

Por esta circunstancia la Sala acogió el parecer de su colaboradora fiscal en cuanto encontró que en la respectiva Acta de Escrutinio se "incurrió en error aritmético al sumar los resultados", lo que determinó a que en la parte motiva se dijera que era del caso enmen-

darlo mediante el debido recuento o suma de votos. Inclusive en el concepto fiscal se dice muy claramente "que se configura la causal 11 prevista en el artículo 42 de la Ley 96 de 1985" que desde luego es una causal autónoma y diferente a la del numeral 4 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo (art. 65, Ley 96);

b) Por lo visto entonces, y resulta muy claro, que la sentencia no quiso anular los votos de la ya referida mesa, y menos como pretende insinuarlo el actor, por razón de haberse encontrado que se hubiese violado el sistema electoral, sino por haberse configurado un error aritmético al sumar los resultados. No debe olvidarse que en tal supuesto "cuando aparezca de manifiesto que en las Actas de Escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella" (causal 11 del artículo 42 de la Ley 96), en el mismo acto se decretará "también su corrección correspondiente", como lo dice el mismo precepto legal. Y es este el sentido de la sentencia;

c) No aparece justo que por un lamentable error en que se incurrió al redactarse el numeral segundo de la sentencia, sin consonancia con lo expuesto en la parte motiva de la misma, como ha quedado claramente expuesto, pudiera decirse bajo el socaire de que como no hay allí una aparente ambigüedad u oscuridad, no sea factible el mecanismo de la aclaración, quedando así sin soporte una decisión que no fue la querida por el juzgador. No consulta a la justicia que una redacción como la del numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, que como puede verse no debía estar referida a la anulación de los votos de la mesa número 500 de Bucaramanga, sino a la corrección del error aritmético que es una cuestión diferente, y que además es lo que se deduce de la lectura íntegra del fallo, tenga que quedar incólume por razones que si bien puedan beneficiar al demandante, por otro lado podrían irrogar un serio perjuicio a la parte contraria. La justicia reclama que en casos como este se imponga la corrección de la sentencia, cuando por otro lado queda prístino el sentido y querer de la misma, como plenamente así se ha establecido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral,

Resuelve:

Aclárase el numeral segundo de la sentencia de fecha 26 de febrero de 1986, en cuanto allí se dijo que al practicarse un nuevo escrutinio, se excluyesen los votos depositados en la mesa número 500 de la ciudad de Bucaramanga, cuando realmente por el sentido mismo de la providencia lo que se pretende es la corrección del error aritmético correspondiente sobre las respectivas Actas de Escrutinio Municipal.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Gaspar Caballero Sierra, José Joaquín Camacho Pardo, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello.*

Nubia González Cerón, Secretaria General (E.).

ELECTORALES. INTERVINIENTES ADHESIVOS. ACTUACION (art. 69 de la Ley 96 de 1985).

ACCION ELECTORAL. EJERCICIO.

¿A quién corresponde? (arts. 227 y 228 del Decreto 01 de 1984).

PARTIDOS POLITICOS. PARTICIPACION ADECUADA Y EQUITATIVA.

1º Artículo 120 de la Constitución Nacional, numeral 1º, parágrafo.

2º Raices de la institución: FRENTE NACIONAL. Prolongada su existencia hasta el 7 de agosto de 1978. HISTORIA DEL FRENTE NACIONAL.

a) ACUERDO SITGES de julio 20 de 1957;

b) Reforma Plebiscitaria de 1957.

3º Reforma Constitucional de 1968. Se extendió la paridad Ministerial y en la Administración Pública hasta el 7 de agosto de 1978.

4º Participación equitativa del partido mayoritario diferente al del Presidente de la República.

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número E-004. Actor: Alejandro Cruz Guarín.

El ciudadano y abogado Alejandro Cruz Guarín en ejercicio de la acción pública electoral, ha solicitado de esta Corporación lo siguiente:

a) Declarar la nulidad del nombrámiento de la señora Ministra de Educación, Liliam Suárez Melo, efectuada por el señor Presidente de la República, doctor Belisario Betancur Cuartas, mediante Decreto número 2325 de 20 de agosto de 1985.

Subsidiariamente que se decrete la nulidad de todo el Decreto 2325;

b) Declarar que el señor Presidente de la República obró con desviación de poder "al hacer el nombramiento de Ministros sin previamente haber consultado al Partido Liberal";

c) Disponer que dicho Presidente dé cabal cumplimiento al artículo 120 de la Constitución Nacional "respecto de la participación

del partido mayoritario distinto al suyo en el ejecutivo y que por ende, no puede constituir libremente como lo viene haciendo el Gobierno hasta que dicho partido decida oficialmente si participa o no".

Hechos y omisiones:

Como tales relata los siguientes:

1. Según el artículo 120 de la Carta Política el Presidente de la República al conformar "El Ejecutivo" dará participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al suyo.

2. El Presidente desde el mismo momento de asumir su cargo señaló que no consultaría al Partido Liberal para la aplicación de dicho texto.

3. El Presidente no ha consultado a dicho Partido, que es el mayoritario, sobre su participación o no.

4. Así el Presidente "con omisión deliberada o no de la parte inicial del inciso precitado (3º del artículo 120 citado) procedió a integrar su gabinete libremente haciendo nombramientos a título personal".

5. El Partido Liberal tiene su propia organización y Directivas que el Presidente ha desconocido en la aplicación del referido texto constitucional.

El acto administrativo acusado:

Lo es, como se dijo, el Decreto número 2325 de 20 de agosto de 1985 dictado por el señor Expresidente de la República, doctor Belisario Betancur Cuartas y por el cual nombró los siguientes Ministros del Despacho: Señora Liliam Suárez Melo como Ministra de Educación, al señor Jorge Carrillo Rojas como Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al señor Roberto Mejía Caicedo como Ministro de Agricultura.

Normas violadas y concepto de la violación:

Cita como tales el actor el artículo 120 de la Constitución Nacional, parágrafo del ordinal 1º; los artículos 1º, 2º, 3º, 5º y 7º de la Ley 58 de 1985, las Leyes 28 de 1979, 85 de 1981 y 96 de 1986 en cuanto prevén que los partidos tienen su propia organización y directivas.

Acerca de la explicación del concepto de violación, lo contrae únicamente al texto constitucional citado, razón por la cual por falta de técnica procesal la Sala no se referirá a los otros estatutos legales indicados como infringidos.

Hace consistir el quebranto de dicho artículo 120 en lo siguiente:

1. El parágrafo del ordinal 1º del artículo 120 de la Constitución Nacional es imperativo al decir en su inciso segundo que el nombramiento de los citados funcionarios (ministros) "se hará" en forma tal que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República.

2. El Presidente tiene la obligación de consultar a dicho partido mayoritario y mientras esto no suceda no podrá conformar libremente su gabinete y esto según lo previene el inciso 3º del parágrafo examinado.

En el caso *sub lite* el "Partido Liberal hasta la fecha no ha tenido oportunidad de decidir si participa o no en el Ejecutivo. El Presidente Betancur no ha consultado a las Directivas de dicho partido oficialmente si participa o no en el Gobierno". De hecho dio por descartada esta participación y libremente conformó su "Gobierno".

3. Lo anterior "conlleva un manifiesto y ostensible abuso de poder". El Presidente ostenta la mayor autoridad del Estado mas ello no lo exime del deber de cumplir la Constitución y la ley.

4. El Partido, como tal, es decir a través de sus Directivas es a quien compete señalar si participa o no en el Ejecutivo y determinar qué personas pueden ser sus voceros en el Gobierno.

"La decisión entonces corresponde al Partido. No al Presidente".

Partes demandadas del proceso:

Como tales, fueron vinculadas además de la Ministra de Educación los otros Ministros, designados en el Decreto 2325 acusado: El de Trabajo y Seguridad Social y el de Agricultura, todos los cuales contestaron la demanda y constituyeron apoderado.

a) La Ministra de Educación invocó la nulidad del proceso por seguirse un procedimiento inadecuado, a la cual no accedió el Consejero Sustanciador mediante auto de 22 de julio de 1986 (fls. 64 a 71).

Y propuso la excepción de "falta de requisitos formales de la demanda";

b) El Ministro de Trabajo y Seguridad Social propuso la excepción de *"falta de legitimatio ad causan"* (sic).

En su oportunidad el Consejero ponente decidió que las excepciones anteriores serían decididas en la sentencia (auto de 13 de agosto de 1986, fls. 75 a 78).

Concepto de Fiscal Primero:

En escrito que corre a folios 88 a 96 este Agente del Ministerio Público es de opinión que deben despacharse desfavorablemente las peticiones de la demanda.

En resumen sostiene lo siguiente:

1. No se da la excepción de *"falta de legitimatio ad causan"* (sic) o falta de interés directo en el juicio, según la explicación que el actor suministra de ella, porque se trata de una acción pública electoral. Tampoco es aplicable el artículo 69 de la Ley 96 de 1985 "pues ella se refiere a la persona que entra al proceso como tercero, en carácter de coadyuvante o impugnador" y no de demandante.

2. Sobre la excepción de falta de requisitos formales propuesta por la Ministra de Educación halla la Fiscalía que sí se da en relación con las leyes citadas como quebrantadas porque no sustenta el quebranto.

3. En cuanto hace al cargo de transgresión del artículo 120 de la Constitución Nacional, se apoya en la sentencia de 25 de noviembre de 1983 de la Sección Cuarta de esta Corporación, para concluir que no se debe acceder a las súplicas de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

I

Excepciones.

De la Ministra de Educación Nacional.

Alega que se presenta la de "falta de requisitos formales de la demanda" y al efecto razona de la siguiente manera:

"De acuerdo con el artículo 137, ordinal 4º del Código Contencioso Administrativo uno de los requisitos formales de la demanda cuando se trata de la impugnación de un acto administrativo es indicar las normas violadas y el concepto de su violación. El demandante señala como normas violadas las Leyes 28 de 1979, 85 de 1981 y 58 de 1985 pero sin determinar el concepto de su violación, omitiendo así uno de los requisitos formales de la demanda.

Por otra parte, estas normas citadas como objeto de violación regulan materias que no tienen ninguna relación con las pretensiones de la demanda.

En lo referente a la Ley 58 de 1985, en caso de que se hubiera desconocido a las directivas del Partido Liberal, evento no posible por la fecha de vigencia de esta ley con relación al decreto demandado, serían estas las competentes para impugnar el desconocimiento que alega el actor".

Estima la Sala que están en lo cierto tanto la Ministra como el señor Agente del Ministerio Público, pues, en primer lugar el demandante citó estatutos completos como infringidos y en segundo lugar y también contrariando a la técnica procesal, no explica el concepto de la violación, lo cual ha de efectuarse de manera pormenorizada esto es, a través del cotejo que se haga entre el acto acusado y la norma, en cada caso.

Por tal razón habrá inhibición de la Sala para avocar el examen de ese ordenamiento genérico.

II. Del Ministerio de Agricultra.

Propone la excepción que denomina *"falta de ligitimatio ad causan"* (sic), o "falta de interés directo en el juicio". Y al efecto se apoya en el artículo 69 de la Ley 96 de 1985 —que reformó el artículo 235 del Decreto 01 de 1984— de conformidad con el cual "en los procesos electorales no se (sic) puede actuar como impugnador, sino aquél que: Demuestre un interés directo en el juicio, interés que como lo insinúa

el demandante en su libelo lo tendrá el Partido Liberal colombiano, pero no el accionante".

Se observa:

Previene el artículo 69 de la Ley 96 de 1985 que: "En los procesos electorales no podrán actuar cómo coadyuvantes o impugnadores sino quienes demuestren un interés directo en el juicio".

Pues bien, como se desprende inequívocamente de ese texto y lo anota el Colaborador Fiscal, la limitación del interés se contempla no para quien ejerza la acción electoral a título de demandante, parte principal, sino para quienes intervengan como coadyuvante o impugnadores de dicha acción, es decir, los intervinientes adhesivos.

De donde resulta el yerro del excepcionante al pretender equiparar al demandante a un interviniente adhesivo.

La acción electoral, como instrumento a través del cual se persigue preservar la pureza del derecho del sufragio dentro de nuestro sistema de representación popular y, además, el cumplimiento de las normas sobre inelegibilidad e incompatibilidad, ora de funcionarios de elección popular o de nombramiento, está al alcance de cualquier ciudadano y por ello su ejercicio corresponde a todo miembro de la comunidad (arts. 227 y 228 del C. C. A.).

No prospera, por lo dicho, la excepción analizada.

Consideraciones:

Se desprende claramente tanto de los hechos como de las peticiones atrás relacionados, que la demanda se centra alrededor del aspecto de que el Expresidente doctor Belisario Betancur al conformar su Gabinete de Gobierno *no consultó* a las Directivas del Partido Liberal en relación con la participación adecuada y equitativa que debe dar a este último a términos del inciso 2º del parágrafo del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Es decir que actuó a título personal al efectuar los nombramientos de los Ministros de Educación, Trabajo y Agricultura.

De todo lo cual deduce el demandante que el Expresidente obró con desviación de poder.

Se observa:

El artículo 120 de la Constitución Nacional reza así:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

1º Nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho, los Jefes de Departamentos Administrativos y los Directores o Gerentes de los Establecimientos Públicos Nacionales.

Parágrafo. Los Ministros del Despacho serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, pero la paridad de los Partidos Conservador y Liberal en los Ministerios, las Gobernaciones, Alcaldías y los demás cargos de la Administración que no perte-

nezcan a la Carrera Administrativa, se mantendrá hasta el 7 de agosto de 1978.

Para preservar, después de la fecha indicada, con carácter permanente el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva y en la Administración Pública, el nombramiento de los citados funcionarios se hará en forma tal que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República.

Si dicho partido decide no participar en el Ejecutivo, el Presidente de la República constituirá libremente el Gobierno en la forma que considere procedente.

Lo anterior no obsta para que otros partidos o miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados simultáneamente a desempeñar cargos en la Administración Pública.

La reforma de lo establecido en este parágrafo requerirá los dos tercios de los votos de los asistentes de una y otra Cámara".

La temática que ahora se plantea hunde sus raíces en la institución de lo que en nuestra lexicografía de derecho público se ha llamado el Frente Nacional consagrado en la reforma plebiscitaria de 1957 y prolongado en su existencia hasta el 7 de agosto de 1978 y a partir de esta fecha "desmontado" a través de la participación adecuada y equitativa del partido mayoritario distinto al del Presidente de la República.

1. Con el Acuerdo de Sitges de 20 de julio de 1957 se da cuerpo al Acuerdo de 24 de junio de 1956 celebrado entre los doctores Alberto Lleras Camargo y Laureano Gómez, en representación de los partidos políticos tradicionales del país y con el propósito de desterrar el ejercicio hegemónico del poder por la vía de la responsabilidad compartida en el Gobierno.

2. Así se expidió la Reforma Plebiscitaria de 1957 que en su aspecto esencial se centra alrededor de la paridad tanto legislativa como del equipo ministerial y Rama Ejecutiva.

El doctor Alberto Lleras Camargo, coautor del Frente Nacional y su primer Presidente, en su discurso de posesión y en respuesta al discurso del doctor Laureano Gómez expresó lo siguiente:

"A la nueva concepción de la paz política le hemos dado perdurabilidad, la hemos garantizado contra posibles asaltos de la buena fe con que nuestros ciudadanos la han apoyado. La paridad en todas las Ramas del Poder entre los partidos, su necesaria alternabilidad en la Presidencia de la República, la neutralización de los servidores públicos en las luchas políticas, con el establecimiento de una carrera que los libere de la inseguridad, de la abyección y del sectarismo remunerado, son partes de los seguros que hemos querido tomar contra el espíritu totalitario de los partidos, que tienen el exclusivismo y acabar por colocar media nación en condición de extranjera, y peor aún, de perseguida. En estos años venideros es posible que se perfeccionen las costumbres democráticas en el obligado acuerdo, en la forzada transacción, para hacer imposible la repetición de los padecimientos anteriores".

El Presidente de la República estaba obligado a dar participación a los partidos políticos en la misma proporción en que estuvieran representados en las Cámaras Legislativas. Mas como el Congreso también era paritario en virtud de la propia reforma, el Gabinete también debía serlo.

3. Como paso posterior dentro de este orden de evolución política, en la Reforma Constitucional de 1968 se extendió la paridad ministerial y en la Administración Pública hasta el 7 de agosto de 1978 y de ahí en adelante se instituyó el esquema de la participación equitativa del partido mayoritario diferente al del Presidente de la República y que es el cuestionado en el presente proceso con motivo de los nombramientos de Ministros enjuiciados.

Esto puede resumirse en lo que se ha denominado "el espíritu nacional" del Frente Nacional.

4. Pues bien, ya esta Corporación ha tenido oportunidad de fijar su criterio en torno a la materia debatida, en el sentido de interpretar que la participación adecuada y equitativa pregonada por el parágrafo del artículo 120 de la Carta, se deja al arbitrio presidencial quien al respecto ejerce su fuero autónomamente, al convocar a integrar su gabinete ministerial a miembros pertenecientes al partido mayoritario distinto al suyo.

Así, ver en sentencia de 25 de noviembre de 1983 (Proceso número 981, actor: Jaime Angulo Bossa, publicada en *Anales* de 1983, 2º semestre, pág. 933) que ahora prohija la Sala, dijo:

"En primer lugar, en ninguna parte de la norma que se dice desconocida se habla de acuerdo entre el Presidente electo y el partido mayoritario distinto al de él; por el contrario los constitucionalistas que han comentado la norma consagrada en la Reforma de 1968 coinciden en afirmar que la participación adecuada y equitativa debe realizarse *al criterio del Presidente electo* para que compartan y colaboren en la realización de su programa o no le colaboren si no lo comparten (subraya la Sala).

Por eso el constitucionalista Luis Carlos Sáchica, mencionado parcialmente por el actor en su demanda, al comentar esta norma ideada como medio para desmontar el sistema paritario consagrado en el plebiscito de 1957 y para preservar el espíritu de convivencia nacional dijo:

'Implica también este cambio el regreso a la dirección unitaria de la política gubernamental, sacándola de un dualismo inconveniente, y liberándola de las presiones y compromisos con los directorios políticos'.

Y más adelante afirma:

'Sin embargo, el Presidente queda obligado a ofrecer al partido que en el debate electoral tenga el segundo lugar, después del partido mayoritario, la posibilidad de compartir el gobierno pero ya no en forma paritaria, ni pudiendo exigir esa participación, sino aceptándola libremente, sin compromiso obligado, en las condiciones que fije el Presidente, *de modo que éste conserva la plenitud de sus poderes y*

está en capacidad de imponer su criterio a todo el Ministerio, o sea, que el partido colaboracionista aprueba explícitamente la política presidencial y acata su jefatura, al admitir su participación en el Gobierno' (subraya la Sala).

Pero anteriormente el Presidente de la República doctor Julio César Turbay, a quien le correspondió aplicar por primera vez el artículo 120 de la Constitución Nacional en su discurso de posesión presidencial afirmó al respecto lo siguiente: 'El concepto de adecuada y equitativa participación ciertamente es subjetivo; es de libre interpretación del Presidente de la República y corresponde a la naturaleza de sus fueros constitucionales'. Esa interpretación contraría expresamente la tesis que sustenta el actor y que ha pretendido demostrar sin lograrlo.

2. Como otro elemento fundamental de su argumento es que el Presidente de la República no ofreció la participación al partido mayoritario diferente al que él pertenece. Aun cuando no obra en el expediente la prueba contraria es de público conocimiento que en el acto de entrega de la credencial como Presidente electo de la República le hizo la honorable Corte Electoral al señor Belisario Betancur el día 14 de julio de 1982 dijo:

'Fiel a aquellos grandes principios y propósitos, ratifico en esta ocasión solemne que no sólo cumpliré el artículo 120 de nuestra Carta en el sentido de dar participación equitativa y adecuada al partido que sigue en votación al del Presidente, en este caso el liberalismo, sino que iré más allá de lo que la Constitución ordena. Y en uso del fuero presidencial que reconoce la opinión del país, en ella la prensa y los partidos, nombraré Ministro de Gobierno liberal, como garantía no solicitada de que mi gestión será imparcial y de que los funcionarios serán representantes de toda la comunidad y no tenientes de grupo o de partido, so pena de que quien viole tal norma de conducta sufra el rigor de la sanción presidencial' (Copiado del periódico El Tiempo, Edición número 24804 de 15 de julio de 1982, pág. 6A).

Esta oferta fue ampliada además en forma expresa en el discurso de posesión ante el Congreso de la República en la siguiente forma:

'Ante propios y extraños ha de proclamarse que la imperfecta democracia colombiana, tiene todas sus instituciones de elección popular en pleno funcionamiento; y que los vencedores del Movimiento Nacional, al comenzar el Gobierno han pedido a los contendores de ayer, que sean sus vigilantes, con un Contralor liberal, un Ministro de Gobierno liberal, un Superintendente Bancario liberal es decir, cautelas fiscales, morales, políticas y financieras entregadas al otro partido'.

Ahora bien, precisamente *por no ser la norma constitucional que se dice violada una norma de procedimiento, en ninguna parte está consagrado por cuál medio y en qué forma debe el Presidente hacer la oferta de colaboración al partido mayoritario diferente al suyo y mucho menos que dicha colaboración o participación adecuada y equitativa tenga que operar a base de un previo convenio o acuerdo que los propios constitucionalistas niegan como consecuencia de la norma constitucional* (Subraya la Sala).

La oferta pública y reiterada que hizo el Presidente de la República durante su campaña, en el momento de recibir la credencial como

Presidente y en el acto de toma de posesión, divulgada a través de todos los medios de comunicación, registrada ampliamente por los periódicos del país en forma tal que nadie podría decirse ignorante de la oferta hecha por el Presidente en cumplimiento del mandato del artículo 120 de la Constitución Nacional, no puede considerarse como medio inadecuado para que el partido correspondiente aludido tome las decisiones a que tenga derecho pues ninguna norma establece un procedimiento especial".

5. En consonancia con la precisión que se hace en el acápite precedente, y la carencia de todo elemento probatorio que sustente el cargo que se examina, concluye la Sala que el Expresidente señor Belisario Betancur al designar a los ministros cuya investidura ahora se cuestiona actuó dentro del marco señalado en nuestra Constitución.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, de acuerdo con el colaborador Fiscal ante el mismo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Se inhibe para pronunciarse sobre la violación de los estatutos legales citados en forma genérica.

2º No prospera la excepción de falta de interés directo en el proceso propuesto por el señor Ministro de Agricultura.

3º Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 26 de febrero de 1987.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra,* Con aclaración de voto; *Jorge Valencia Arango,* Con salvamento de voto; *Carmelo Martínez Conn,* Con aclaración de voto; *Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

Nubia González Cerón, Secretaria General Encargada.

PARTIDOS POLITICOS. PARTICIPACION ADECUADA Y EQUITATIVA (Salvamento de voto).

1º La participación adecuada y equitativa se refiere al "partido político" y al "movimiento político" mayoritario distinto al del Presidente de la República.

2º Resulta lógico que el Presidente de la República comunique a que las personas legítimas del partido que le sigue en votos, cuáles cargos ha destinado para cumplir con la "ADECUADA Y EQUITATIVA" participación de tal agrupación partidista. a) Respuesta negativa;

b) Respuesta afirmativa o de aceptación del partido minoritario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO

DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO

Referencia: Expediente número E-004. Actor: Alejandro Cruz Guarín.

Las respetuosas razones que explican mi disentimiento de la sentencia anterior, son, sintéticamente expuestas, las siguientes:

a) Comparto la decisión, en su parte resolutiva en cuanto declaró no probadas las excepciones y denegó las súplicas de la demanda, pero no en cuanto a la inhibición para estudiar parte de la misma, pues las razones aparecen en la parte motiva y no se ve cómo, en la resolución, se inhibe para entrar al fondo y luego siempre entra para desestimar el libelo petitorio;

b) No comparto, en cambio, la parte motiva, porque:

1. Los Acuerdos de Benidorm y Sitges de 1956 y 1957, no fueron celebrados entre fantasmas o por simples colombianos de buena voluntad sino entre quienes ostentaban la representación de los dos partidos políticos tradicionales, como que se trataba de garantizar el establecimiento de un gobierno civil, con la intervención y el respaldo de dos fuerzas políticas inmensamente mayoritarias en toda la historia de la República.

2. Con tales fines, se acordó el establecimiento de una democracia limitada, como que era el matrimonio por término fijo, de tales partidos políticos, en el ejercicio del poder, en sus tres ramas, en forma paritaria.

3. Por lo demás, aun cuando los partidos políticos no fueron institucionalizados hasta 1985 por la Ley 58 de ese año, lo cierto es que tanto la Constitución Política desde 1986 y, muy especialmente, desde 1910 y las leyes electorales desde principios de este siglo, reconocen su existencia como vehículos legítimos de expresión de la voluntad popular, tanto al hablar de la inscripción de listas electorales, de juramento de pertenecer a cualquiera de ellas, como al regular la adjudicación de *curules* en las distintas *corporaciones públicas* de elección popular, conforme a los distintos "sistemas electorales" y últimamente a través del "cuociente electoral" conforme lo prevé el artículo 172 de la Constitución Política.

4. De ahí que el artículo 120 de la Constitución Política, inicialmente por virtud de la Reforma Plebiscitaria de 1957 y, por la Reforma Constitucional de 1968, previó la paridad política hasta el 7 de agosto de 1978 y a partir de tal fecha *"para preservar ... con carácter permanente el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva y en la Administración Pública, el nombramiento de los citados funcionarios se hará en forma tal que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República"*.

Claro que, conforme a la legislación electoral y por ausencia de normas reglamentarias sobre la institucionalización de los partidos anteriores a 1985, había una equivalencia o correspondencia entre "partido político" y "movimiento político", por lo que hay que entender la norma constitucional con ese alcance, es decir, que la participación adecuada y equitativa se refiere al "partido político" o al "movimiento político" mayoritario distinto al del Presidente de la República.

5. La Constitución no dice y no podía decirlo, qué se entienda por "participación adecuada y equitativa" pues, tratándose de los Ministerios, por ejemplo, todos no tienen la misma trascendencia política y esta, además, puede cambiar con la mutación de las circunstancias sociales y económicas. Piénsese que en determinadas circunstancias, el Ministerio de Gobierno para el partido mayoritario distinto al del Presidente, puede equivaler a varias de las otras carteras Ministeriales.

Por tanto, la determinación de cómo y en qué proporción y en qué categoría se concreta la "adecuada y equitativa" participación, tiene que quedar el juicioso y respetuoso criterio del Presidente de la República.

6. Pero si es obligación presidencial "dar" —es el verbo constitucional— dicha participación adecuada y equitativa, como medio de "preservar el espíritu nacional", es decir, la armonía y la paz y la colaboración entre las corrientes políticas mayoritarias, resulta natural y obvio que no es "lanzando" o "botando" olímpicamente, como una limosna, la participación en la proporción deteminada por el Presidente, en gesto olímpico que no sirve a los fines del constituyente ni resulta eficaz para mantener las buenas relaciones entre los partidos políticos.

Resulta, entonces, lógico que el Presidente de la República comunique a los personeros legítimos del partido que le sigue en votos, cuáles cargos ha destinado para cumplir con la "adecuada y equitativa" participación de tal agrupación partidista.

Sólo así resulta viable una respuesta del partido llamado a participar en el Gobierno, libre y espontánea y si ella es positiva, el Presidente debe llenar los cargos ofrecidos con ciudadanos afiliados a dicho partido político, escogidos sus nombres libremente por el Gobernante por cuanto esta es atribución constitucional del Jefe del Gobierno y característica del sistema presidencialista que rige en Colombia. Y ello tiene que ser así, pues de otra manera estaría designando a sus propios seguidores no a los del otro partido.

7. Si la respuesta es negativa y sólo entonces "... el Presidente de la República constituirá libremente el Gobierno en la forma que considere procedente", sin limitación alguna, con personal de su propio partido o de otros partidos, inclusive, haciendo "lentejismo" o propiciando el "romanismo".

8. Si la participación es aceptada, por lo demás, el Presidente de la República queda obligado a llenar los cargos ofrecidos con personas afiliadas al partido o movimiento respectivo.

No puede, por tanto, en el caso de que su acceso al poder haya obedecido al volumen de votos no de un partido sino de un movimiento político, pluripartidista, incluir en la cuota en que se concreta la "adecuada y equitativa" participación, nombres de ciudadanos que aunque afiliados al partido llamado a participar en el Gobierno, hayan estado vinculados al movimiento que hizo posible la elección del Presidente de la República, pues tales ciudadanos son, para estos efectos, miembros de su propio movimiento y no del partido o movimiento vencido.

9. Pero todo esto puede predicarse del primer equipo del gobierno del Presidente respectivo, pues es allí donde se determina, a la iniciación del período presidencial, la conformación política del Gobierno, sin perjuicio de que en cualquier crisis ministerial se cambien las reglas del juego pues entre estas estarán en su caso, los acuerdos y las negociaciones políticas.

10. En el presente caso, se trata de 3 Ministros nombrados en 1985 (Decreto 2325 de agosto 20), cuando ya estaban dadas las reglas sobre las relaciones entre el Gobierno y los partidos, después de varias calificaciones "sobre participación sin responsabilidad" o "colaboración técnica", dadas por el partido mayoritario distinto al del Presidente de la República, en forma que nunca se tuvo impresión pública de que hubiera "colaboración o participación política de tal partido", el cual, por lo demás, se quejó públicamente, en más de una ocasión, de ser tratado como una *"montonera"*, con claro desmedro de la armonía política entre los colombianos y clara frustración de los fines perseguidos por el constituyente, que no propicia la simple participación personal sino que quiere la coparticipación en el gobierno de los dos partidos mayoritarios con responsabilidad política solidaria.

La paz y la armonía entre los colombianos, exige el respeto y el uso de maneras elegantes en el trato del Presidente de la República para con los partidos minoritarios políticos distintos al suyo, mientras

se logra la institucionalización de la verdadera democracia a través del libre juego político que se configura con un partido en el Gobierno y una oposición de los restantes partidos, respetuosa, vigilante y fuerte, como contrapeso del poder, lo que garantiza los más grandes y preciosos intereses del pueblo.

Bogotá, marzo 11 de 1987.

Jorge Valencia Arango.

Nubia González Cerón, Secretaria General Encargada.

PARTIDOS POLITICOS. PARTICIPACION ADECUADA Y EQUITATIVA (Aclaración de voto).

El artículo 120 de la Constitución Nacional, al señalar que el nombramiento de los Ministros y demás funcionarios relacionados en esa norma haya de hacerse en forma tal que se dé "participación" adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República, NO IMPLICA como equivocadamente se sostiene, un simple arbitrio presidencial ejercido autónomamente.

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.—

Referencia: Expediente número E-004. Actor: Alejandro Cruz Guarín.

ACLARACION DE VOTO

El fallo respecto del cual me permito aclarar el sentido de mi voto, y que contiene dos decisiones, una inhibitoria respecto a las violaciones "de los estatutos legales citados en forma genérica", y otra de mérito por medio de la cual se deniegan las súplicas de la demanda, consiste en lo siguiente:

1. Comparto la sentencia en cuanto de allí se pueda explicar que por la carencia de "todo elemento probatorio que sustente el cargo" se impone una decisión como la anteriormente dicha.

2. Pero en lo que si no estoy de acuerdo es que se diga en la parte motiva "que el Expresidente señor Belisario Betancur al designar a los Ministros cuya investidura ahora se cuestiona actuó dentro del marco señalado en nuestra Constitución" y ello por cuanto considero que el artículo 120 de la Carta, al señalar que el nombramiento de los Ministros y demás funcionarios relacionados en esa norma haya de hacerse en forma tal que se dé "participación" adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República, no implica, como equivocadamente se sostiene, un simple arbitrio presidencial ejercido "autónomamente".

No me explico como esa interpretación se haya abierto paso. Eso no lo indica el canon constitucional, y si este se interpreta según el sentido obvio y natural de las palabras, tiene que llegarse a concluir que el vocablo "participación", comporta una significación diferente, puesto que simultáneamente trae la idea de dar parte, y la de noticiar y comunicar.

No parece serio que un Presidente de la República le dé parte a un partido distinto, pero sin contar con éste, y ni siquiera contarle o avisarle o comunicarle cual es el alcance de su colaboración. Si precisamente el precepto de la Carta Fundamental contiene un serio principio de buena fe en las relaciones partidarías, resulta contrario y hasta engañoso que el primer Magistrado de la Nación maneje semejante compromiso constitucional a su particular y autónomo arbitrio, aún menos preciándose a ese otro partido con designaciones no gratas al mismo. No es que el Presidente de la República tenga que consultar nombres, pero si es de ética política que los nombramientos recaigan en personas verdaderamente pertenecientes a la respectiva parcialidad política, y no extraídos de aquellos que enfrentados a su propio partido fueron adherentes de ese mismo Presidente. La burla es irritante, y lo irritante no es de recibo en las relaciones políticas. Con ese criterio deformante no puede interpretarse un canon de alta significación política para la vida misma de la República.

Gaspar Caballero Sierra.

Bogotá, D. E., 5 de marzo de 1987.

PARTIDOS POLITICOS. PARTICIPACION ADECUADA Y EQUITATIVA (Aclaración de voto).

Creo que aunque la Carta no diga en forma expresa, la necesidad de diálogo con el adversario de la víspera para designar los Ministros del Despacho subyase en el espíritu de la norma.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR

CARMELO MARTINEZ CONN

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Electoral.— Bogotá, D. E., diez de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Expediente número E-004. Actor: Alejandro Cruz Guarín. Nulidad del artículo 1º del Decreto 3825 de 1985. Aclaración de voto.

Aclaro el voto emitido a favor de la parte resolutiva de la sentencia de la cual me aparto de su motivación, por las razones que a continuación expongo y principalmente porque compartí una decisión anterior que sirve de fundamento al fallo:

El artículo 41 del Acto legislativo número 1 de diciembre 11 de 1968.

Expresa: Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

1. "Nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho, los Jefes de Departamentos Administrativos y los Directores o Gerentes de los Establecimientos Públicos Nacionales".

Parágrafo. "Los Ministros del Despacho serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, pero la paridad de los partidos Conservador y Liberal en los Ministerios, las Gobernaciones, Alcaldías y los demás cargos de la Administración que no pertenezcan a la Carrera Administrativa, se mantendrán hasta el 7 de agosto de 1978".

" *Para preservar, después de la fecha indicada, con carácter permanente el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva y en la Administración Pública,* el nombramiento de los citados funcionarios se hará tal que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República".

"Si dicho partido decide no participar en el Ejecutivo, el Presidente, *constituirá libremente* el Gobierno en la forma que se considera procedente".

"Lo anterior no obsta para que otros partidos o miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados simultáneamente a desempeñar cargos en la Administración Pública".

"La reforma de lo establecido en este parágrafo requerirá los dos tercios de los votos de los asistentes de una y otra Cámara".

La decisión de la cual me separo, parte de la base de que el Presidente de la República, es en la actual organización constitucional libre y omnímodo para constituir libremente su gabinete como si la Constitución de 1986 no hubiera sufrido una radical modificación en el plebiscito de 1957, primero y luego en la reforma de 1968. Grave error. Creo que aunque la Carta no lo diga en forma expresa, la necesidad de diálogo con el adversario de la víspera para designar los Ministros del Despacho subyace en el espíritu de la norma; si así no fuera, son incomprensibles expresiones, como "para preservar, después de la fecha indicada con carácter permanente el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva", etc., la cual marca pautas al Presidente que ya no podrá instaurar un gobierno hegemónico de partido, sino que deberá procurar la colaboración del que le siga en votos para que participe de la labor del gobierno y así preservar "con carácter permanente el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva".

Ahora bien: Se cae de su peso que el Presidente debe hablar antes de constituir su gobierno con los dirigentes del partido o movimiento político, que le siga en votos, y sólo si ese partido o grupo político, decide no participar en su gestión, puede constituir libremente su gobierno.

En el caso *sub júdice*, además de lo expuesto en forma general, sucede que la doctora Miryam Suárez Melo, al parecer, como liberal, participó en el movimiento político encabezado por el partido Conservador, que eligió Presidente de la República al doctor Belisario Betancur, de suerte que habiendo ella hecho parte del movimiento triunfante, no era miembro del partido que le siga en votos al Presidente, sino que fue del "partido" del Presidente. Así las cosas, es evidente que el Presidente violó la Constitución al nombrarla como si ella hubiere sido del partido que le siguió en votos; sólo que existe un vacío probatorio en el expediente acerca de si ella perteneció al grupo de liberales belisaristas. Así las cosas, todo se resolvería en una simple cuestión probatoria.

Es lástima que el Consejo de Estado hubiera desaprovechado el caso para hacer un pronunciamiento de importancia política en la interpretación de la Carta en un momento en que la Nación se precipita, sin freno, en un torbellino insondable.

Así habría podido por lo menos dejar sentado que en la democracia auténtica no puede ostentar ningún funcionario poderes absolutos, porque es regla de oro que el "poder debe contener al poder", y es precisamente el Consejo de Estado quien posee los instrumentos de contención del poder. En cada época de la historia debe estarse a la altura de las circunstancias.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

ACCION ELECTORAL. JUICIO ELECTORAL. FALLO.

El contencioso electoral, como toda acción de impugnación.

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO DE LOS JURADOS DE VOTACION. NULIDAD.

Ordinal 4º del artículo 65 de la Ley 96 de 1985. SISTEMA ELECTORAL. VIOLACION.

NOTA: Reiteración jurisprudencial de la providencia de febrero 26 de 1987. Sala Contenciosa Electoral. Expediente E-016. Actor Carlos Plata Castilla. VER: EXTRACTOS DE MARZO DE 1987.

PAGINA 166 y siguientes.

EXCEPCION.

Noción en Derecho Procesal. Es una noción inconfundible con la defensa del demandado. ¿EN QUE CONSISTE LA DEFENSA. EXCEPCION DE FONDO.

ELECTORALES. PUBLICIDAD DEL PROCESO ELECCIONARIO.

Lo que se hizo en forma pública y notoria fue igualmente conocido por todos los interesados. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. MECANISMOS JURIDICOS DE ACTUACION. Acto Administrativo escrito y verbal.

ELECTORALES. PLIEGOS ELECTORALES. INTRODUCCION. EXTEMPORANEA AL ARCA TRICLAVE.

1º Como causal de reclamación (ordinal 7º del artículo 42 de la Ley 96 de 1985). MOTIVO DE NULIDAD (ordinal 6º del artículo 65 de la Ley 96 de 1985).

2º EXTEMPORANEAMENTE. Significado del término artículo 40 de la Ley 96 de 1985). TERMINOS DE HORAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS ACTOS ELECTORALES DE ENTREGA DE LOS PLIEGOS ELECTORALES A LOS CLAVEROS Y DE INTRODUCCION DE ESOS DOCUMENTOS AL ARCA TRICLAVE: Las normas de 1913 (Ley 4ª, art. 60) y 1926 (Ley 77, art. 9º), pretenden clarificar expresiones ("dentro de tantas horas", "después de tantas horas" o similares, y "desde tal hora") que por falta, justamente de la precisión que se tiene el artículo 40 de la Ley 96 de 1985, requerirían esfuerzos de hermenéutica para precisar su alcance.

3º EXTEMPORANEIDAD POR ACTOS IMPUTABLES A LOS JURADOS DE VOTACION. No están previstos como eventos que justifiquen la extemporaneidad.

4º EXTEMPORANEIDAD DE LOS REGISTROS APOCRIFIDAD DE LOS MISMOS. Rectificación jurisprudencial del fallo de 18 de junio de 1975, contenida en los Anales del Consejo de

Estado, Tomo LXXXVIII, números 445 y 446, páginas 432 y 433. (Noción de FALSEDAD O APOCRIFIDAD). Tratándose, como en efecto se trata de dos causales de nulidad de los Registros Electorales, independientes y con vida propia cada una, los hechos que constituyen la nulidad por extemporaneidad no pueden, en sana lógica jurídica, determinar que los pliegos electorales extemporáneamente introducidos al arca triclave se conviertan, ipso facto, en falsos o apócrifos ni tampoco extender esos defectos a los registros electorales que los hayan tenido en cuenta, toda vez que no pueden comunicar lo que en sí mismo no tienen. CAUSAL DE RECLAMACION Y CAUSAL DE NULIDAD. SEDE ADMINISTRATIVA Y SEDE JURISDICCIONAL.

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., ocho de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número E-052. Electoral. Actor: Ricardo Rosales Zambrano.

I. La demanda principal. Petitum:

El ciudadano Ricardo Rosales Zambrano, en demanda presentada oportunamente ante la Secretaría General de esta Corporación solicita, por conducto de apoderado, que previos los trámites propios de un proceso especial electoral, se hagan por esta Corporación las siguientes o similares declaraciones:

"*Primera.* Que es nulo el Acuerdo número 13 de 1986 (julio 14) 'por el cual se resuelven unas apelaciones interpuestas durante los escrutinios generales de las elecciones del 9 de marzo de 1986, en la Circunscripción Electoral del Atlántico, se declara la elección de Senadores, Representantes y Diputados y se expiden las respectivas credenciales', Acuerdo expedido por el honorable Consejo Nacional Electoral y leído y notificado en estrados en la sesión pública del día 17 de julio de 1986, pero únicamente en cuánto mediante dicho Acuerdo se declaró la elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Atlántico y para el período constitucional de 1986 a 1990.

"*Segunda.* Que igualmente se declaren nulos los registros electorales o Actas de Escrutinio de jurados de votación o de cualquier otra corporación, que más adelante se acusan en esta demanda y que se hubieren computado durante el proceso de los escrutinios respectivos en contradicción con nuestro sistema electoral adoptado en nuestra Constitución Política y leyes de la República, y que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene practicar y efectivamente se practique por el honorable Consejo de Estado un nuevo escrutinio únicamente para Representantes al Congreso Nacional por la Circuns-

cripción Electoral del Atlántico y para el período constitucional de 1986 a 1990, escrutinio que deberá practicarse únicamente con base en los registros que no se declaren afectados de nulidad en virtud del presente juicio, correspondientes a las elecciones del pasado 9 de marzo de 1986 de la citada Circunscripción Electoral, y previa rectificación además de los errores aritméticos que se comprueben judicialmente o exclusión de los registros que conforme a la ley no debieron 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 a la Cámara para el período constitucional de 1986 a 1990 y por la Circunscripción Electoral del Atlántico, se ordene expedir y efectivamente se expidan las nuevas credenciales de Representantes en reemplazo de las anteriores que deben ser canceladas y se comuniquen las anteriores novedades a quienes deben conocerlas, por sendos oficios que se librarán al Presidente del honorable Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus Delegados en el Departamento del Atlántico, al Presidente de la honorable Cámara de Representantes, al Ministro de Gobierno, al Gobernador del Departamento del Atlántico y al Presidente del honorable Tribunal Contencioso Administrativo en Barranquilla".

II. La causa petendi:

En quince hojas, de las cincuenta y siete que integran la demanda, el actor narró lo que intituló *"Los hechos u omisiones que fundamentan esta acción"* y que la Sala en aras de la concisión resume de la siguiente manera:

1º El día 9 de marzo de 1986 se celebraron en todo el territorio nacional los comicios para integrar los cuerpos colegiados de representación popular.

2º Los escrutinios generales en la Circunscripción Electoral del Atlántico fueron practicados por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, pero al resultar apeladas las resoluciones que en el curso de ellos expidieron, se abstuvieron de hacer la declaración de elección para Senadores, Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea Departamental del Atlántico. El Consejo Nacional Electoral, mediante el Acuerdo número 13 del 14 de junio de 1986 leído y notificado en estrados el día 17 de los mismos mes y año, declaró elegidos Senadores, Representantes y Diputados por la Circunscripción Electoral en mención.

3º Los cómputos de votos, los registros electorales y el propio Acuerdo impugnado adolecen de serias y palpables violaciones al sistema electoral vigente, pues "durante los escrutinios respectivos se computaron pliegos viciados de nulidad contra expresas prescripciones legales, se incurrió en errores aritméticos que deben ser rectificados, se dejaron de practicar 'recuentos' de papeletas que legalmente eran obligatorios para establecer la verdad de los resultados electorales y se incluyeron en lo escrutinios, sin competencia para escrutarlas, actas extemporáneamente introducidas al arca triclave respectiva". Ense-

guida la demanda concreta los cargos o acusaciones que formula, como a continuación lo sintetiza la Corporación:

3.1. Se introdujeron extemporáneamente al arca triclave, las Actas de Escrutinio de los jurados de votación de un total de 286 mesas de votación, así:

3.1.1. Las de 55 mesas de votación, de las que funcionaron en la Zona Electoral número 05 de la ciudad de Barranquilla.

3.1.2. Las de 29 mesas de votación, de las que funcionaron en la Zona Electoral número 06 de la misma ciudad.

3.1.3. Las de 63 mesas de las que funcionaron en la Zona Electoral número 07 de la ciudad capital del Departamento del Atlántico.

3.1.4. Las de 88 mesas de votación, de las que funcionaron en la Zona Electoral número 08 de Barranquilla.

3.1.5. El acta correspondiente a la mesa de votación número 1084, que funcionó dentro del puesto de votación número 2 de la Zona Electoral número 09 de Barranquilla, y

3.1.6. Las de 50 mesas de las que funcionaron en el Municipio de Soledad, Departamento del Atlántico, todas ellas pertenecientes a la cabecera Municipal.

3.2. La Resolución número 001 del 22 de febrero de 1986, mediante la cual el Registrador Municipal del Estado Civil de Soledad designó los jurados de votación, carece de la firma de Secretario y, además, no fue aprobada por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil para el Atlántico, por lo cual carece de valor legal y por tanto los jurados designados no fueron legalmente nombrados y carecieron de competencia para desempeñar el cargo.

3.3. En el Municipio de Galapa, la Comisión Escrutadora Municipal luego de haberse instalado y tras varias suspensiones, resolvió sesionar en jornada continua y permanentemente, desde las 9:40 a.m. del día jueves 13 de marzo hasta concluir los escrutinios a las 2:15 a.m. del viernes 14, con lo cual se violó "el sistema electoral que para la realización de los escrutinios municipales" tiene señalado el artículo 32, inciso 2º de la Ley 96 de 1985.

3.4. En el Municipio de Polonuevo se violentó "el sistema electoral que para la realización de los escrutinios" señalan los artículos 32 y 38 de la Ley 96 de 1985, toda vez que el Escrutinio Municipal se efectuó, como lo expresa el Acta correspondiente, en el local donde funciona el Concejo Municipal y no en la sede de las oficinas de la Registraduría Municipal, que es el sitio donde deben permanecer tanto el arca triclave como los señores claveros. "Realizar los Escrutinios Municipales —dice el actor— en sitio distinto del local en donde funciona la Registraduría Municipal significa el traslado del arca triclave de un sitio a otro y esto está autorizado por el primer inciso del artículo 32 de la Ley 96 de 1985, pero siempre que el respectivo Registrador Municipal *previamente* al comienzo de los Escrutinios señale otro local dando las razones de su decisión, y este *señalamiento previo* no ocurrió en el caso de Polonuevo..." (Sublíneas del actor).

3.5. En Barranquilla se incurrió en varios errores aritméticos, así: "La lista de Cámara encabezada por el doctor *Luis Lorduy Lorduy* tiene error consistente en *treinta y seis (36)* votos de más, que al corregírselo habría que disminuírselos; la lista de Cámara encabezada por el doctor *Ricardo Rosales Zambrano* tiene error consistente en *doscientos treinta y dos (232)* votos de menos, que al corregírselo habría que aumentárselos; y la lista de Cámara encabezada por el doctor *Próspero Carbonell M'Causland* tiene error consistente en *cincuenta y tres (53)* votos de más, que al corregírselo habría que disminuírselos' (Sublíneas del libelo).

Según la demanda, los errores invocados se constatan al comparar los totales asignados a las respectivas listas tanto en el Acta General de Escrutinios Auxiliares de las correspondientes Zonas como en el formulario E-37 para Cámara y E-51 para Cámara, con las partidas que mesa por mesa se atribuyen a tales listas en las propias Actas Generales de Escrutinios Auxiliares correspondientes a cada una de las Zonas Electorales números 05, 06, 07 y 08.

4º En el curso de los Escrutinios Generales que practicaron en Barranquilla los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral, "se realizaron maniobras fraudulentas", en cuya virtud los Delegados expidieron la Resolución número 006 de 1986 en la cual luego de reconocer —dice el libelo— las extemporaneidades aducidas por el actor, las legalizaron y convalidaron en forma inmoral. Luego de exponer ampliamente los hechos que, en su sentir, son constitutivos de tales "maniobras fraudulentas", el señor apoderado del actor condensa así su pensamiento:

"En resumen, tanto los Delegados suyos en Barranquilla como el propio Consejo Nacional Electoral, al resolver sobre los Escrutinios Generales y hacer este último declaración de elegidos, obraron contra el sistema electoral adoptado por las leyes electorales, conforme se precisará más adelante en este mismo libelo".

III. El derecho invocado:

En derecho, la demanda se fundamentó en las siguientes disposiciones legales, respecto de las cuales expuso con amplitud el concepto de violación: Artículos 40, inciso final, 42-7º y 65-2º y 6º, todos de la Ley 96 de 1985, en cuanto al cargo de extemporaneidad en la introducción a las arcas triclaves que se instalaron en Barranquilla y Soledad, de los pliegos electorales correspondientes a las 236 mesas acusadas que funcionaron en Barranquilla y a las 50 impugnadas que operaron en Soledad. Adujo la causal 4ª del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 en concordancia con el numeral 3º del artículo 45 de la Ley 28 de 1979, el 27 de la Ley 96 de 1985 y el numeral 8º del artículo 33 de la Ley 28 de 1979, en lo referente al cargo que se hace consistir en haber computado votos con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Nacional y las leyes de la República, derivado de la falta de firma del Secretario de la Registraduría Municipal del Estado Civil de Soledad en la Resolución mediante la cual se designaron jurados de votación para los comicios del 9 de marzo de 1986 y, derivado, además, de la falta de aprobación de tal Resolución por parte de los Delegados Departamentales del Estado Civil.

Como fundamento del tercer cargo, consistente en tachar de nula la votación total del Municipio de Galapa, se adujo en la demanda la causal consagrada por el numeral 4º del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, en armonía con el precepto contenido en el artículo 32 de la propia ley; y como apoyo del cuarto cargo (nulidad total de la votación registrada en el Municipio de Polonuevo), el libelo invoca también la causal 4ª del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, en concordancia con lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 42 de la misma ley y en los artículos 38 y 39 *ibídem*. Finalmente, el quinto cargo, relativo a los errores aritméticos que se predican de las Actas de Escrutinios Auxiliares de las Zonas Electorales números 05, 06, 07 y 08 de Barranquilla, se estructura en el libelo con fundamento en la causal 6ª del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, en armonía con el numeral 11 del artículo 42 de la propia Ley 96.

La demanda hizo una estimación de la cuantía superior a $ 50.000.000, estimación esta a todas luces innecesaria tratándose de procesos como el que se decide.

IV. Oposiciones y coadyuvancias:

Dentro del término de fijación en lista dieron contestación a la demanda, en calidad de demandados, los ciudadanos Armando Zabaraín Manco en su propio nombre (fls. 102 a 105, C. 1) y Jorge Gerleín Echeverría, quien lo hizo por conducto de apoderado debidamente constituido (fls. 123 a 136, C. 1), y presentaron escritos de coadyuvancia a las pretensiones de la demanda los señores Luis Lorduy Lorduy (fls. 111 a 121, C. 1) y Hernando Quintero Millán (fls. 138 a 144, C. 1), ambos por conducto de sus respectivos apoderados. En auto dictado dentro de la diligencia de inspección judicial practicada el 21 de noviembre último a las dependencias de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se reconoció personería al apoderado constituido por el demandado Próspero Carbonell M'Causland para representarlo hasta la terminación del proceso (fls. 198 y 204, C. 1).

Mediante providencia de fecha 19 de septiembre de 1986 se admitió a los demandados Zabaraín Manco y Gerlein Echeverría como opositores; las coadyuvancias de los ciudadanos Lorduy Lorduy y Quintero Millán sólo se admitieron en tanto y en cuanto impugnaran las mismas mesas electorales atacadas en la demanda principal. La misma decisión decretó las pruebas pedidas por las partes que se consideraron pertinentes y conducentes y se negó la práctica de varias pruebas por no reunir tales requisitos. Contra la providencia en mención no se interpuso recurso alguno (fls. 152 a 170, C. 1).

En su momento oportuno, cuando se examinen los cargos que la demanda principal contiene, la Sala se referirá en detalle a los argumentos de los demandados y de los intervinientes adhesivos.

V. Los alegatos de las partes:

Tan sólo los señores apoderados de la parte actora y de los demandados Armando Zabaraín Manco y Próspero Carbonell M'Causland presentaron alegatos de conclusión dentro del término del traslado que al efecto se les confirió mediante auto calendado el 10 de diciem-

bre próximo pasado. A sus exposiciones y argumentos se referirá la Sala más adelante, en la medida en que ello fuere necesario para la decisión que haya de tomarse para resolver el presente proceso.

VI. La vista fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación en concepto visible a folios 347 a 364 del cuaderno principal, expresa las consideraciones que a continuación extracta la Sala:

"Para la Fiscalía el problema de fondo, así el tenor literal de las normas aplicables permitan (sic) interpretar válidamente uno u otro planteamiento, es el del objetivo esencial de los procesos electorales. Difícilmente hay un elemento mal (sic) incidente y más trascendental para las instituciones democráticas que sus procesos electorales. Hasta el punto de que del (sic) respecto a ellos constituye uno de los puntos más sensibles y neurálgicos para la estabilidad democrática. Porque, hay que entenderlo así, lo más delicado y respetable en estos procesos electorales es no desconocer la voluntad y libre expresión de los electores; y a eso son entendibles porque del sentido de equidad con que se apliquen las disposiciones a ese respecto son de una trascendencia incidente en el resultado de este tipo de acciones electorales y, por ende, en la revisión de una elección".

"..."

"Esencialmente vuelve a plantearse el ya institucional debate sobre la extemporaneidad de los pliegos entregados por los jurados de mesa a los funcionarios electorales para ser introducidos por estos al arca triclave. Y claro está, las dificultades de interpretación respecto de la voluntad ciudadana y especialmente a la del elector colombiano, debe ir encaminada toda la legislación electoral y la infraestructura administrativa de este sector que no tiene fin distinto que garantizar y hacer respetar el resultado del sufragio. En este orden de ideas, la Fiscalía considera que ni la interpretación de las normas pertinentes ni la conducta y actuación de los funcionarios electorales, ya sean temporales o permanentes pueden ser acertadas si no se les dá el contenido del servicio público y de la garantía de los derechos ciudadanos; en este caso el de la garantía del sufragio. Si los jurados de votación cumplieron su función de entregar oportunamente los pliegos de votación correspondientes al escrutinio de su mesa, nace de ese momento en adelante el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios, desde los claveros hasta el Consejo Nacional Electoral, los cuales están constituidos en sus cargos, para respetar y hacer respetar el resultado de las elecciones. No en otra forma podría entenderse la función pública y en este caso oportuno no se puede interpretar la ley hasta el punto de que la falta de oportunidad en el cumplimiento del deber por parte de unos funcionarios fuera suficiente para distorsionar la voluntad del elector".

Líneas más adelante, luego de hacer un examen, mesa por mesa, de las horas de entrega y de introducción de los pliegos electorales al arca triclave con base en la probanza aportada al proceso, el señor Fiscal Primero de la Corporación discurre así:

"Si, como están de acuerdo los legisladores y doctrinarios el recibo e introducción de pliegos al arca triclave debe ser simultáneo, y la ley ni siquiera considera un plazo distinto para tales fines, la demora justificada o injustificada en el cumplimiento de una función de los claveros no puede ser una falla de la administración tan determinante que anule la voluntad del elector. Sobre todo, porque esta sería una falla imputable a la administración y no al ciudadano votante, ajeno a ese proceso posterior. Por esta razón, esencialmente el suscrito fiscal es de criterio que sólo se consideren extemporáneos los pliegos recibidos con posterioridad a las 11 p.m. del día 9 de marzo de 1986. Respaldando esta petición, la Fiscalía considera que el honorable Consejo de Estado no podría tener una interpretación restrictiva que contrariara el espíritu del proceso electoral y su objetivo de garantizar el resultado del sufragio".

Según se observa de lo hasta ahora transcrito, la vista fiscal no ilustra mayormente para los fines de esta providencia.

Considera el señor agente del Ministerio Público que el segundo de los cargos contenidos en la demanda no está llamado a prosperar porque el presente proceso no es la oportunidad adecuada para un pronunciamiento respecto de la legalidad o ilegalidad de la Resolución número 001 del 22 de febrero de 1986 del Registrador Municipal del Estado Civil de Soledad; estima que el cargo tercero, referente a la nulidad total de las votaciones del Municipio de Galapa debería prosperar, siempre y cuando que la Corporación encuentre demostradas las afirmaciones de la demanda, ya que la norma contenida en el artículo 32 de la Ley 96 de 1985 es clara al establecer límites de horario nocturno, los cuales no pueden ser sobrepasados so pena de nulidad, a términos del numeral 4º del artículo 65 de la Ley 96 de 1985; en lo concerniente al cuarto de los cargos endilgados en la demanda, el Fiscal "colaborador" opina que la probanza allegada a los autos no ofrece el suficiente grado de certeza que permita descartar la hipótesis de que en el mismo sitio donde sesiona el Cabildo de Polonuevo funcione también la Registraduría Municipal, y que además bien puede presumirse que se fue el lugar "previamente señalado" por el Registrador para que se desarrollaran los Escrutinios Municipales, de manera que la prosperidad del cargo depende de la interpretación que dé la Corporación al Acta General de Escrutinios Municipales de Polonuevo. Por último y en lo concerniente a los errores aritméticos que, según la demanda, se presentaron en las Actas de Escrutinios Auxiliares de las Zonas Electorales números 05, 06, 07 y 08 de Barranquilla, el señor Fiscal considera que ellos deben corregirse si se comprueba su ocurrencia, pero se abstiene de estudiar si tales errores ocurrieron o no.

El proceso ha sido tramitado con entera sujeción a las normas legales, y como no se observa causal alguna de nulidad que pueda invalidarlo, es del caso entrar a fallarlo, previas las siguientes

Consideraciones de la Sala:

Se estudiarán los cargos que plantea la demanda en el mismo orden en que fueron propuestos.

Primer cargo: Extemporaneidad en la introducción de pliegos electorales al arca triclave.

Como ya quedó reseñado, el actor considera que los pliegos de 236 mesas de votación de las que funcionaron en la ciudad de Barranquilla el día 9 de marzo de 1986 están afectados del vicio de extemporaneidad y que lo propio acontece con 50 mesas de las que funcionaron en el Municipio de Sòledad, y estructura el cargo apoyándose en lo que disponen los artículos 39, 40, 42 (causal 7ª) y 65, ordinales 2 y 6 de la Ley 96 del 21 de noviembre de 1985, "por la cual se modifican las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, el Código Contencioso Administrativo, se otorgan unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones", pues estima que los documentos electorales correspondientes a las mesas que impugna no fueron introducidos en el arca triclave respectiva *antes de las once de la noche (11 p.m.)* del día de las elecciones, que es la "hora mencionada" como límite máximo para que los pliegos de las mesas instaladas en las cabeceras municipales sean depositados dentro del arca triclave y puedan ser tenidos en cuenta en el escrutinio.

Los coadyuvantes abundan en similares planteamientos a los formulados en la demanda principal y consideran que el Acuerdo acusado es violatorio de las citadas disposiciones legales y, en particular, del artículo 40 de la Ley 96 de 1985 porque no excluyó del escrutinio, todos aquellos pliegos que llegaron a manos de los claveros con posterioridad a las once de la noche del día de la elección, aun cuando se introduzcan en el arca triclave (fls. 119 y 142, C. 1).

Los demandados, por su parte, discuten la argumentación de la demanda y sostienen que la hora límite señalada en el artículo 40 de la Ley 96 de 1985 no se cumple cuando el reloj marca exactamente las once de la noche, y afirman que es acertado el criterio del Consejo Nacional Electoral plasmado en el Acuerdo objeto de la impugnación al expresar que, cuando la citada norma habla de las once de la noche, debe entenderse que dicha hora "va hasta las 11:59 inclusive", por lo cual únicamente los pliegos electorales que hubieren sido introducidos al arca triclave con posterioridad a la hora últimamente mencionada podrían ser considerados como extemporáneos, interpretación que avalan con lo dispuesto por los artículos 60 del Código de Régimen Político y Municipal y 9º de la Ley 77 de 1926; arguyen que, aún aceptando la tesis de la demanda, se tendría que los pliegos que se hubieren introducido al arca triclave a las once de la noche fueron oportunamente depositados en el receptáculo, toda vez que solamente son extemporáneos de conformidad con los claros términos de la ley, los que se introduzcan después de dicha hora, pues "es en sumo grado patente que lo que ocurrió a las once de la noche, no sucedió *después* de las once de la noche"; agregan que si bien es cierto que los pliegos correspondientes "a un grupo de mesas" se introdujeron extemporáneamente en el arca triclave, ello aconteció por motivos de fuerza mayor o caso fortuito que fueron certificados por el funcionario público competente, configurándose así la excepción contenida en la causal séptima del artículo 42 de la Ley 96 de 1985 y, finalmente, manifiestan que existen mesas impugnadas como extemporáneas "cuyos pliegos fueron oportunamente entregados por los presidentes de jurados al clavero antes de

las once de la noche, cumpliéndose con lo estatuido en el inciso primero del artículo 40 de la Ley 96 de 1985. De manera que si se llegare a demostrar que ingresaron al arca triclave extemporáneamente, significa que la extemporaneidad fue causada por hechos imputables al clavero, con lo cual se configura la segunda excepción contemplada en la causal séptima del citado artículo 42" (fl. 125, C. 1).

En su extenso y juicioso alegato de conclusión, el Procurador judicial del actor hace un detenido estudio de la legislación electoral que ha regido en el país, a partir de la Ley 85 de 1916 hasta la reciente Ley 96 de 1985 y tras analizar el tema de la extemporaneidad en todos y cada uno de los diferentes estatutos legales, concluye afirmando que para determinarla, los criterios legales han sido cambiantes respecto del momento que ha de tenerse en cuenta, pues tan sólo las Leyes 167 de 1941 (art. 196-3º) y 96 de 1985 (arts. 42-7º y 65-6º) se han inclinado por el momento de la *introducción al arca triclave* para medir la extemporaneidad, en tanto que los restantes estatutos (Ley 85 de 1916, art. 130; Ley 89 de 1948, arts. 31 y 42; Decreto 3254 de 1963, art. 26; Ley 23 de 1977, art. 33; Ley 28 de 1979, arts. 115 y 173-3º; Ley 85 de 1981, art. 11 y el art. 224-3º del nuevo C. C. A. adoptado por el Decreto-ley número 1 de 1984) habían optado por medirla en función de la *entrega de los documentos*; sostiene que quizás por esa circunstancia, ha resultado difícil para las corporaciones administrativo-electorales y al propio Consejo Nacional Electoral dejar de determinar la extemporaneidad con base en los formularios E-19, E-19A y E-28, diseñados para acreditar el recibo de documentos electorales, y volver sus ojos hacia los formularios E-20 que es el "Acta de Introducción de Pliegos al Arca Triclave", único documento que debe tenerse en cuenta para establecer si los pliegos correspondientes a una determinada mesa de votación fueron introducidos oportuna o extemporáneamente al arca triclave, si bien admite que los formularios que acreditan la entrega de los documentos pueden servir para aclarar los términos del formulario E-20 cuando este haya omitido la fecha y la hora de la introducción del respectivo pliego, o ambas circunstancias o cuando existan tachaduras o repisados que impidan saber con certeza a qué horas y en qué fechas se produjo la introducción al arca triclave.

Se adentra luego el alegato de conclusión en prolijas consideraciones en relación con la posición adoptada en la Ley 96 de 1985 frente a la extemporaneidad y afirma que la sanción que impone a los pliegos introducidos al arca triclave por fuera de los términos es la de excluirlos de los escrutinios y del cómputo de votos respectivo, sanción que debe ser ordenada por la competente comisión escrutadora si encuentra fundada la reclamación correspondiente, agregando que, además, la extemporaneidad en la introducción de los documentos al arca triclave es causal de nulidad en fuerza de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 65 de la Ley 96 de 1985. Continúa analizando el artículo 39 de la mencionada ley, para concluir en que existen dos momentos, prácticamente simultáneos, en el proceso electoral: El de la entrega de los pliegos electorales a cargo de los jurados de votación por conducto de su Presidente y el de la introducción de tales documentos en el arca triclave, labor que la ley pone a cargo de los claveros. Analiza a continuación las razones que justifican que la ley sancione la extemporaneidad y afirma que la ley no condena en este caso el fraude, sino

la simple tardanza, "la mora en la entrega, que es casi siempre oportunidad para hacer fraude, para cambiar papeletas y adulterar documentos, así se hayan o no hecho las mencionadas tramposerías". Prosigue el alegato del señor apoderado del actor, relatando en forma pormenorizada los avatares e incidentes que sufrió en el Congreso de la República el proyecto, de iniciativa gubernamental, que sirvió de base a lo que es hoy la Ley 96 de 1985. Estudia las que denomina "causales de justificación de la extemporaneidad" que consagran el inciso final del artículo 40 de la Ley 96 de 1985 y la parte final del ordinal 7º del artículo 42 de la propia ley, y concluye que las constituidas por violencia, fuerza mayor o caso fortuito deben demostrarse con "certificado de funcionario competente de la organización electoral" y, concretamente, de los 3 claveros, quienes tienen que expedir los certificados "antes de que cesen en sus funciones eminentemente transitorias" de claveros.

Critica luego la frase "hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos", contenida en el ordinal 7º del artículo 42 de la Ley 96 de 1985 por no expresar a qué clase de hechos se refiere, pero anota que lo cierto es que los autores de los hechos han de ser necesariamente los claveros, pues son ellos los funcionarios "encargados de recibir los pliegos". Alude en seguida al principio de la *eficacia del voto* consagrado por el numeral 3º del artículo 1º de la Ley 96 de 1985 en relación con el cual sostiene que "cuando la disposición electoral sea clara e imperativa, y no admita dudas ni diversas interpretaciones", no será posible invocarlo, para computar votos fraudulentos, sufragios irregulares o actas viciadas según la ley.

Recuerda, a continuación, que en su demanda acusó los pliegos extemporáneamente introducidos en el arca triclave apoyándose en la causal 2 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, en atención a que el Consejo de Estado sostuvo en alguna ocasión la tesis de que los pliegos extemporáneamente introducidos al arca triclave son también nulos por ser apócrifos, "porque para su cómputo se han considerado con prohibición expresa de la ley, simulando u ocultando la realidad de lo sucedido en el momento de su introducción al arca triclave".

Analiza luego los certificados allegados como prueba de las causales de justificación de las extemporaneidades que la demanda imputa a las mesas de votación atacadas, para concluir, luego de criticar cada documento, que no se demuestran con ellos la violencia, ni el caso fortuito, o la fuerza mayor certificados por funcionario público competente y, menos aún, los hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos y concluye su alegato, en la parte pertinente al cargo que se estudia, con un análisis crítico de las tesis y argumentos esgrimidos por el Consejo Nacional Electoral en el Acuerdo número 13 del 14 de julio de 1986, objeto de impugnación en este proceso (C. 1, fls. 220 a 291).

El señor apoderado de los demandados Próspero Carbonell M'Causland y Armando Zabaraín Manco, en su alegato de conclusión (fls. 328 a 344, C. 1), sostiene que la parte actora no ha desvirtuado la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, por lo cual afirma que las súplicas del libelo no están llamadas a prosperar. Agrega que por sustracción de materia, no cabe un nuevo pronunciamiento de

esta Corporación respecto de los registros electorales o Actas de Escrutinio de jurados de votación correspondientes a la mesa 949 integrante del puesto de votación número 5 de la Zona 08 de Barranquilla ni en relación con las mesas números 7, 16, 92, 96, 99 y 109 del Municipio de Soledad, las cuales ya fueron excluidas del escrutinio según consta en el artículo 3º del Acuerdo acusado. Observa que la mayoría de los documentos electorales correspondientes a las mesas impugnadas en la demanda de las que funcionaron en Barranquilla fueron introducidos oportunamente, "por cuanto cada uno de ellos lo fue a más tardar a las doce de la noche del mismo día de las elecciones" pues insiste en sus planteamientos y del propio Acuerdo acusado, conforme a los cuales la hora de las once de la noche que menciona el artículo 40 de la Ley 96 de 1985, ha de entenderse en armonía con el artículo 60 del Código de Régimen Político y Municipal y con el 9º de la Ley 77 de 1926, situación en que igualmente se hallan los pliegos de 22 de las 50 mesas tachadas de extemporáneas de las que funcionaron en el Municipio de Soledad.

Respecto de las mesas que funcionaron en los puestos de votación números 2, 3, 5 y 7 de la Zona 08 de Barranquilla y 22 de las mesas que funcionaron en Soledad, impugnadas todas en la demanda, dice que tampoco está demostrada la extemporaneidad invocada, toda vez que los formularios 19-A respectivos o el propio acuerdo acusado acreditan que los pliegos correspondientes a tales mesas fueron entregados por el Presidente del jurado dentro del término legalmente establecido para ello por el inciso 1º del artículo 40 de la Ley 96 de 1985 o sea, antes de las once de la noche del día de las elecciones, entendido dicho término, de conformidad con lo establecido por el artículo 60 del Código de Régimen Político y Municipal y el 9º y su parágrafo de la Ley 77 de 1926 "como el transcurso de sesenta minutos que va desde las diez y cincuenta y nueve (10:59 p.m.) hasta las once y cincuenta y nueve (11:59 p.m.) de la misma noche del día de las elecciones".

Expresa, a continuación, que la parte actora, a la que correspondía la carga de la prueba, no aportó ninguna conducente a demostrar que el retardo en la introducción de los pliegos electorales en el arca triclave correspondientes a las mesas de que se trata, obedeciera a hechos ajenos a la responsabilidad de los funcionarios encargados de recibirlos, o sea de los claveros, limitándose a argüir que los formularios de recibo de los documentos electorales quedaron mal hechos y deduciendo de allí la inimputabilidad a los claveros de los hechos generadores del retardo o extemporaneidad. Sostiene que aún siendo cierta la afirmación del actor en el sentido de que no fueron los claveros municipales los funcionarios que recibieron los pliegos oportunamente entregados, más extemporáneamente introducidos en el arca triclave, correspondía a la actora aportar la prueba conforme a la cual se impidió de alguna manera a los claveros introducir los pliegos en el arca tan pronto como los recibieron, según lo manda la ley, pero que mientras no se allegue tal prueba, "el argumento dado se vuelve en contra de la propia demandante, puesto que está probado en autos que las actas y documentos que sirvieron para la votación sí fueron entregados por los Presidentes de jurado dentro de la oportunidad legal, sin que le sea dado presumir al juez de lo contencioso administrativo que dicha entrega se hizo a funcionarios extraños a la orga-

nización electoral y sin investidura suficiente para recibirlos e introducirlos en forma legal a la urna triclave respectiva". Concluye este aparte de su diserto alegato, expresando que ante la ausencia de prueba fehaciente de que el retardo en la introducción de los documentos electorales en la respectiva arca obedeció a hechos no imputables a los claveros, hay que concluir necesariamente que el acuerdo acusado mantiene incólume la presunción de legalidad y de veracidad que lo cobija (fls. 334 a 340, C. 1).

Se considera:

La extemporaneidad en la introducción de pliegos electorales al arca triclave aparece consagrada como causal de reclamación por el ordinal 7º del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, que refundió en un solo texto los artículos 152 de la Ley 28 de 1979 y 31 de la Ley 85 de 1981, con la siguiente literatura:

"El Consejo Nacional Electoral o sus Delegados tienen plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderadores o los testigos electorales legalmente constituidos y apreciando como pruebas para resolver únicamente los documentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones que se les formulen con base en las siguientes causales:

"... ... ...

"7º Cuando los pliegos se hayan introducido al arca triclave extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violencia, fuerza mayor o caso fortuito, certificados por funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos".

Tal causal de reclamación es también motivo de nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados y de toda corporación electoral, por disposición expresa del ordinal 6º del artículo 65 de la propia Ley 96 de 1985, según cuyos términos:

"Las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

"... ... ...

"6. Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de esta ley".

Ahora bien: Como el término "extemporáneamente" de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española (Vigésima Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1984), es un adverbio de modo que significa "fuera de su tiempo propio y oportuno", resulta preciso indagar cuál es ese tiempo "propio y oportuno" que la ley señala para la introducción en el arca triclave de los pliegos electorales. La respuesta la brinda, en forma por demás clara y explícita, el artículo 40 de la propia Ley 96 de 1985, así:

"*Artículo 40.* El artículo 115 de la Ley 28 de 1979 quedará así:

"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 entregados 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".

Del precepto que se acaba de transcribir se deduce, pues, de manera que no da lugar a la más mínima hesitación, que el tiempo "propio y oportuno" para que se produzca el acto físico de introducción o depósito de los pliegos electorales en el arca triclave correspondiente, es el lapso comprendido entre el momento inmediatamente subsiguiente a la terminación del escrutinio en cada mesa de votación y las once de la noche (11 p.m.) del día de las elecciones, en lo referente a las mesas de votación que funcionen en las cabeceras municipales, puesto que para las mesas ubicadas en corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales dicho tiempo "propio y oportuno" será el que haya sido prefijado, mediante resolución especial, por el Registrador Nacional del Estado Civil de conformidad con el numeral 12 del artículo 27 de la Ley 28 de 1979. Como en el caso *sub júdice* la controversia sobre la extemporaneidad u oportunidad de la introducción de los documentos electorales al arca triclave respectiva está circunscrita a las mesas impugnadas en la demanda, todas las cuales funcionaron en cabeceras municipales (Barranquilla y Soledad), el análisis de la Sala se centrará sobre lo que al respecto disponen los preceptos que anteriormente se han transcrito y, particularmente, sobre el artículo 40 de la Ley 96 de 1985.

Para la Sala, todos aquellos pliegos electorales que de conformidad con los formularios E-20 (Actas de Introducción de documentos electorales al arca triclave), fueron depositados en dicho receptáculo por los respectivos claveros hasta las once en punto de la noche, del día de las elecciones, lo fueron oportunamente, y no puede predicarse de ellos la extemporaneidad de que trata la causal 7ª del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, porque tal extemporaneidad sólo se presenta respecto de los pliegos que hubieren sido "introducidos *después* de la hora mencionada", lo que vale tanto como decir que únicamente se configura la causal de extemporaneidad comentada en relación con aquellos documentos electorales que hayan ingresado al arca triclave después de

la hora fijada en la ley, esto es, con posterioridad a las once de la noche del día de las elecciones. No resulta de recibo, por lo tanto, la tesis sostenida en la demanda y por los coadyuvantes en el sentido de afirmar que la hora límite de introducción de los pliegos electorales al arca triclave es la hora de las 10:59 p.m., pues es la anterior a las once de la noche. Y no lo es porque, como con acierto lo expresa el apoderado del demandado Jorge Gerlein Echeverría, "es en sumo grado patente que lo que ocurrió a las once de la noche no sucedió después de las once de la noche"; "después de" es locución adverbial de tiempo que denota posterioridad, no anterioridad ni simultaneidad, y lo que la ley considera extemporáneo y sanciona como tal, no es lo anterior ni lo coetáneo.

En vista de que tanto el Consejo Nacional Electoral, en el Acuerdo acusado, como los demandados en su diversos escritos y alegato de conclusión, consideran que el término dentro del cual pueden introducirse válidamente los pliegos electorales en el arca triclave se extiende hasta las doce de la noche (12 p.m.) del día de las votaciones, porque estiman que el inciso final del artículo 60 de la Ley 4ª de 1913 es aplicable al plazo que fija el artículo 40 de la Ley 96 de 1985, conviene puntualizar las razones que llevan a la Sala a sostener que ni el citado artículo 60 de la Ley 4ª de 1913, ni el 9º de la Ley 77 de 1926, invocado por el señor apoderado de los demandados en su bien estudiado alegato de conclusión, son pertinentes al tema analizado toda vez que las disposiciones que los mencionados preceptos consagran están concebidas para regular hipótesis diferentes a la que se contempla en el artículo 40 de la Ley 96 de 1985.

En efecto: Es evidente que las normas de las leyes de 1913 y 1926 ya citadas buscan aportar claridad a expresiones de la ley que puedan dar lugar a equívocos o a interpretaciones ambiguas por falta de determinación precisa de la hora, y es así como el inciso final del artículo 40 de la Ley 4ª de 1913 expresa que "si la computación (del plazo) se hace por horas, la expresión 'dentro de *tantas* horas', u otra semejante, designa un tiempo que se extiende hasta el último minuto de la última hora inclusive; y la expresión 'después de *tantas* horas' u otra semejante, designa un tiempo que principia en el primer minuto de la hora que sigue a la última del plazo".

Ahora bien. Lo que se deduce, en forma natural y obvia, del inciso final del artículo 60 de la Ley 4ª de 1913, es sencillamente que cuando quiera que la ley emplee la expresión "dentro de tantas horas" u otra similar, debe entenderse que el acto es válido si se cumple o realiza antes de transcurrido el número de horas que la ley haya señalado; y que siempre que la ley utilice la expresión "después de tantas horas" o cualquiera otra que se le parezca, ha de entenderse que el acto es válido si se realiza o ejecuta a partir de la última hora del plazo horario fijado por la ley en adelante.

Y en cuanto concierne al artículo 9º de la Ley 77 de 1926, valga decir que su preceptiva está destinada a regular un fenómeno específico, cual es el de definir a partir de qué instante comienzan a contarse los plazos o términos señalados en las leyes por la expresión *"desde tal hora"*, los cuales comenzarán a contarse —dice la norma— "en el

momento en que el reloj marca la respectiva hora, que no es otro que aquel en que dicha hora expira".

Como puede observarse, pues, las hipótesis que las comentadas normas regulan son enteramente distintas del caso contemplado en el artículo 40 de la Ley 96 de 1985, pues al paso que este último precepto señala, sin lugar a la menor duda, unos límites temporales máximos para el cumplimiento de los actos electorales de entrega de los pliegos electorales a los claveros (inciso 1º) y de introducción de esos documentos al arca triclave (inciso 3º), determinando en forma precisa la hora hasta la cual tales actos pueden ser cumplidos válida y eficazmente, las normas de 1913 y 1926 (Ley 4ª, art. 60) (Ley 77, art. 9º) atrás estudiadas pretenden clarificar expresiones legales (*"dentro de tantas* horas", *"después de tantas* horas" o similares, y *"desde tal hora"*) que por falta, justamente, de la precisión que sí tiene el artículo 40 de la Ley 96 de 1985, requerirían esfuerzos de hermenéutica para precisar su alcance.

De otra parte, ha de considerarse que la legislación electoral vigente ha sido cuidadosa en cuanto a la determinación exacta de los límites horarios dentro de los cuales se pueden realizar válidamente los actos atinentes al proceso eleccionario, y es así como, por ejemplo, el artículo 5º de la Ley 85 de 1981 dispuso que "las votaciones principiarán a las ocho (8) de la mañana y se cerrarán a las cuatro (4) de la tarde", sin que se haya pretendido sostener, con apoyo en las normas del antiguo Código de Régimen Político y Municipal o de las relativas a "los términos judiciales o administrativos señalados en las leyes", que cuando la ley dice que las votaciones se iniciarán a las ocho de la mañana, lo que el legislador dijo o pretendió decir es que las votaciones podrían comenzar a partir de las nueve de la mañana; o que en vez de terminar a las cuatro de la tarde, los comicios habrían de concluir a las cinco o después de la cinco p.m. Y es que tanto en el artículo 5º de la Ley 85 de 1981 como en el 40 de la Ley 96 de 1985, la ley señaló horas fijas, que marcan ineludiblemente los términos iniciales o finales para el cumplimiento válido de los actos que respectivamente regulan.

Por las razones expuestas y por las anteriormente dichas a propósito de las tesis sostenidas por el actor y los coadyuvantes, la Sala considerará como oportunamente introducidos en el arca triclave todos aquellos pliegos correspondientes a las mesas impugnadas que fueron depositados en el arca hasta las once en punto de la noche del día de las elecciones, como claramente lo manda la ley, y reputará como extemporáneos todos aquellos pliegos depositados en el arca triclave con posterioridad a la hora y fecha mencionadas, a menos que se acredite, como la propia ley lo expresa, alguna causal justificativa de la extemporaneidad: Violencia, caso fortuito o fuerza mayor certificados por funcionario público, o hechos imputables a los encargados de recibir los pliegos. Y para determinar la oportunidad o extemporaneidad de tal introducción, la Sala tendrá en cuenta, primordialmente, las correspondientes Actas de Introducción de Documentos Electorales en el arca triclave suscritos por los respectivos claveros, o formularios E-20, por ser los documentos específicamente destinados a recoger la diligencia mediante la cual los claveros cumplen su deber de depositar los documentos que van recibiendo de los encargados por la ley de entregárselos.

Con sujeción, pues, a los criterios generales que se dejan expuestos, procederá la Sala a definir cuáles de los pliegos electorales correspondientes a las mesas que la demanda tacha de extemporáneamente introducidos al arca triclave lo fueron realmente, examinando en primer término las mesas que funcionaron en la ciudad de Barranquilla y luego las instaladas en el Municipio de Soledad.

A) *Mesas extemporáneas de Barranquilla.*

Acusa la demanda un total de 236 mesas, correspondientes a diferentes puestos de votación integrantes de las Zonas Electorales números 05, 06, 07, 08 y 09. La Sala se abstendrá de considerar en el presente análisis la mesa número 949 que funcionó dentro del puesto de votación número 5 de la Zona Electoral número 08, porque aunque acusada específicamente en la demanda, ella fue ya excluida del escrutinio por el Consejo Nacional Electoral mediante el Acuerdo acusado, como lo observó el señor apoderado de los demandados Zabaraín Manco y M'Causland Carbonell en su alegato de conclusión.

1. *Zona Electoral número 05:* La demanda señala como extemporáneamente introducidos al arca triclave, los documentos electorales correspondientes a las mesas números 508 a 522 y 524, 525 y 526 del puesto número 3; 528 a 535, 537 a 540 y 542 y 544 del puesto número 4; del puesto número 6, las mesas números 565 a 568, 570, 572 a 578 y 580 a 589 y la mesa 604 del puesto número 7.

De conformidad con el Acta de Introducción de Documentos Electorales en el arca triclave de la Registraduría Auxiliar de la Zona número 05, que en fotocopia autenticada por los señores Medardo Ramírez Lastra y Oscar Narváez Sermeño, Registradores Especiales del Estado Civil obra a folios 40 a 43 del cuaderno número 5, únicamente los pliegos correspondientes a las siguientes mesas de votación, integrantes todas del Puesto número 7, fueron introducidos extemporáneamente al arca triclave "a las doce (12 p.m.) de la noche", a saber: Mesas números 602, 599, 600, 601, 608, 592, 605, 598, 607, 603, 610, 591, 604, 595, 593, 611, 609, 596, 594, 597 y 606. Los restantes pliegos, conforme al Acta, fueron introducidos entre las 7 p.m. y las 11:00 p.m., esto es, oportunamente.

El Acta en mención, que aparece firmada por los tres claveros señores Fidelino Marín Palacios, Juez 13 Civil Municipal; Fernando Insignares, Delegado del Alcalde y Enrique Navarro Castilla, Registrador Auxiliar Zona 05, da cuenta además de que todos los sobres introducidos al arca triclave se encontraban en buen estado.

De lo anteriormente expuesto resulta que de las 55 mesas de votación acusadas en esta Zona, solamente se comprobó la introducción extemporánea de sus pliegos al arca triclave en lo que respecta a la mesa número 604. Dado que el contencioso electoral, como toda acción de impugnación, determina que el juez sólo pueda pronunciarse respecto de las pretensiones y en relación con la *"causa petendi"* formuladas por el actor en su libelo, y puesto que de las mesas anteriormente relacionadas sólo los documentos relativos a la mesa 604 se tacharon de extemporáneamente introducidos en el arca triclave, el pronunciamiento de la Sala se limitará a esa mesa en concreto, pues lo contrario implicaría un fallo que desbordaría los límites precisamente asignados

al juzgador por la demanda, lo cual le está vedado al juez de lo contencioso administrativo. Y como, por otra parte, no aparece acreditada ninguna de las causales que, según la ley (ord. 7º, art. 42, Ley 96 de 1985), justifican la extemporaneidad, se impone la prosperidad parcial del cargo endilgado, la exclusión de la mesa número 604 del escrutinio y la declaratoria de no prosperidad en relación con las restantes mesas impugnadas en la demanda, de las que funcionaron en esta zona.

2. *Zona Electoral número 06.* La demanda indica como extemporáneamente introducidos al arca triclave, los pliegos correspondientes a un total de 29 mesas de votación de las que funcionaron en esta Zona, así: Las mesas números 619 y 623 del Puesto número 2; las mesas números 627, 629, 631, 632, 634 y 641 del Puesto número 3; las mesas números 658 y 660 a 673 del Puesto número 5; y en el Puesto número 6, las mesas 685, 688, 689, 692, 694 y 697.

A folios 129 a 131 del cuaderno 5 obra la fotocopia del Acta de Introducción de Documentos Electorales al Arca Triclave de la Registraduría Auxiliar de la Zona 06, suscrita por los claveros señores Fausto Cabrales Gómez, Jacques Marcos Levy Guido y Orlando Bolívar Bolívar, autenticada por los Registradores Especiales del Estado Civil, señores Medardo Ramírez Lastra y Oscar Narváez Sermeño; y a folios 112 a 118 de la Carpeta número 12, aparece fotocopia de la misma Acta, pero elaborada en el formulario E-20 provista tan sólo de una firma ilegible, fotocopia que viene autenticada por el señor Medardo Ramírez Lastra como Registrador Municipal del Estado Civil.

De conformidad con estos documentos todos los pliegos correspondientes a las mesas acusadas, de las que funcionaron en la Zona Electoral 06 de Barranquilla, fueron introducidos en el arca triclave respectiva con posterioridad a las once de la noche del 9 de marzo de 1986, con excepción de los pliegos de la mesa número 685, que fueron depositados dentro del arca triclave a las once de la noche.

También demuestran los documentos analizados que numerosos documentos electorales, correspondientes a mesas de votación que la demanda no impugnó, fueron introducidos en el arca triclave con posterioridad a las once de la noche del día de las elecciones. El pronunciamiento de la Sala se limitará, sin embargo, a las mesas acusadas por las razones indicadas en otro aparte de la presente providencia, con la excepción —ya apuntada— de la mesa número 685, que hizo parte del puesto de votación número 6 de esta Sexta Zona.

La anotada extemporaneidad trató de ser justificada con un informe de fecha "3 de abril de 1985" (sic), rendido a la Comisión Escrutadora Departamental en el Atlántico" y suscrito por el señor Orlando Bolívar Bolívar, Registrador Auxiliar de la Zona 06 e, ilegiblemente, por alguien que aparentemente se desempeñaba para ese entonces como Juez Sexto Laboral de Barranquilla (ver fl. 147, C. 4). En tal informe se dice que "algunas mesas de los puestos que integran la Zona 06 entraron extemporáneamente al arca triclave *debido a que los jurados de votación no entregaron a su debido tiempo a los Delegados del Registrador los pliegos electorales para su introducción en el término fijado. Esto se debió al número de listas inscritas para las*

distintas corporaciones y al corto plazo fijado por la ley y a los numerosos formularios que tuvieron que diligenciar, también a la distancia existente entre determinados puestos y la Registraduría Auxiliar" (Destaca la Sala).

Para la Sala, ninguno de los motivos, razones o disculpas invocadas en el oficio que se acaba de transcribir es prueba suficiente de la "violencia, fuerza mayor o caso fortuito" o de hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos, únicas circunstancias que, según la ley, justifican el ingreso extemporáneo de documentos electorales al arca triclave. Porque, en efecto, los actos imputables a los jurados de votación equivalen a hechos de terceros, y no están previstos por el ordinal 7º del artículo 42 de la Ley 96 de 1985 como eventos que justifiquen la extemporaneidad. Las demás circunstancias invocadas en el párrafo que la Corporación ha destacado, suponiéndolas ciertas, no son verosímiles ya que el término de que disponen los jurados de votación para escrutar los votos y confeccionar el Acta de Escrutinio de la respectiva mesa y demás documentos que deban llenar, y que se extiende desde la hora del cierre de las votaciones (4 p.m.) hasta la hora límite de entrega señalada en el inciso 1º del artículo 40 de la Ley 96 de 1985 (11:00 p.m.), esto es siete horas, es más que suficiente para evacuar las labores ya indicadas.

Como consecuencia de lo expuesto, tiénese que los pliegos electorales correspondientes a las mesas números 619, 623, 627, 629, 631, 632, 634, 641, 658, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 688, 689, 692, 694 y 697 todas ellas de la Zona Electoral número 06 de la ciudad de Barranquilla han debido excluirse de los escrutinios por haber ingresado extemporáneamente al arca triclave. Mas como así no lo hizo el Consejo Nacional Electoral sino que, por el contrario, los tuvo en cuenta en el acto impugnado, ha de declararse la nulidad de éste en virtud de lo dispuesto por el ordinal 7º del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, en concordancia con el ordinal 6º del artículo 65 de la propia ley. Prospera parcialmente el cargo.

3. *Zona Electoral número 07.* En la Zona Electoral que se examina, la demanda acusa de extemporáneos, los pliegos correspondientes a un total de 63 mesas de votación, así:

a) Del puesto número 1, las mesas números 709 a 715, ambas inclusive, y las mesas números 717 a 726, ambas inclusive;

b) Del Puesto número 2, las mesas números 731, 742, 744 y 753;

c) Del Puesto número 4, las mesas números 785, 788, 790, 799, 800, 801 y 802;

d) Del Puesto número 6, las mesas 816 a 822, ambas inclusive y las mesas 825 a 833, ambas inclusive; y

e) Del Puesto número 7, las mesas 835, 837, 839 a 844 ambas inclusive; 846, 847, 848, 850, 851, 852, 854, 855, 856, 857 y 859.

A folios 185 a 187 del cuaderno 5 aparece un documento escrito a máquina, no elaborado en formulario preimpreso, intitulado "Acta de Introducción de Pliegos Electorales" y subtitulado *"Recibo de Documentos Electorales"*. El contenido de dicho documento, suscrito por la

señora Sonia Dumar de Vilaró, como clavera y por Luis López López como "Reg. Aux. Zona 07", se refiere no a la introducción de los pliegos electorales al arca triclave correspondiente, con indicación de la hora y estado de conservación de los pliegos, según lo manda la ley (art. 39, Ley 96 de 1985), sino al recibo de los documentos que menciona, como en el subtítulo del mismo se indica. La Sala se abstendrá de tomar en cuenta tal documento, para efectos de establecer la oportunidad o extemporaneidad de la introducción de los pliegos al arca triclave respectiva pues no es el documento que como lo ordena la ley, ha de elaborarse por los claveros para registrar el día y la hora de introducción de cada uno de los pliegos que se vayan recibiendo, provenientes de las mesas de votación, y el estado en que se encuentren.

No obstante, a folios 101 a 111 de la Carpeta número 12, aparece en el formulario E-20 el Acta de Introducción de Documentos Electorales en el arca triclave, correspondiente a la Zona Electoral 07 de Barranquilla, suscrita por los claveros, fotocopia que aparece autenticada por el señor Medardo Ramírez Lastra, en su carácter de Registrador Municipal del Estado Civil; y a folios 58 a 68 de la misma Carpeta obra otra fotocopia, carente de autenticación, del mismo documento. La Sala tendrá, en cuenta, para efecto del estudio subsiguiente, tan sólo la fotocopia visible de folios 101 a 111 ya citada.

Un estudio pormenorizado del Acta de Introducción de Documentos Electorales en el arca triclave (forma E-20) arriba mencionada (fl. 101 a 111, Carpeta 12) lleva a la conclusión de que la totalidad de los pliegos electorales correspondientes a las mesas de votación que la demanda impugna y que se han dejado individualizadas, fueron introducidos después de las once la noche (11:00 p.m.) del día de las elecciones al arca triclave respectiva. En efecto: La mayoría de los pliegos aparecen introducidos a las 11:30 p.m. del día 9 de marzo de 1986; el de la mesa 731, lo fue a las 11:19 p.m. del propio día (fl. 110); el de la número 744 lo fue a las 11:04 p.m. de dicho día (fl. 110) y el de la 753 lo fue a las 11:37 p.m. del propio día (fl. 110). Finalmente, el Acta examinada no relaciona los pliegos correspondientes a las mesas 818, 828, 830 y 837, de donde la Sala infiere que no ingresaron al arca triclave a "tiempo propio y oportuno" esto es, que son igualmente extemporáneos.

Ahora bien: La extemporaneidad anotada trató de ser justificada con un informe fechado en Barranquilla el día 3 de abril de 1986 y dirigido a la Comisión Escrutadora Departamental en el Atlántico (ver fl. 149, C. 4), suscrito por el señor Luis Carlos López López, Registrador Auxiliar de la Zona 07 y "avalado" por la doctora Sonia Dumar de Vilaró, Juez Sexta Civil Municipal de Barranquilla, como clavera, según el cual "algunas mesas de los puestos de esta Zona que se introdujeron extemporáneamente al arca triclave *se debió única y exclusivamente a que los jurados de votación no terminaron de escrutar a la hora fijada por la ley, 11 de la noche, ...*" (Subraya la Sala). A simple vista puede apreciarse que la razón suministrada para justificar la extemporaneidad en que se incurrió no está comprendida dentro de las circunstancias que de conformidad con el ordinal 7º del artículo 42 de la Ley 96 de 1985 exculpan la extemporaneidad en la introducción de los pliegos electorales en el arca triclave. La situación en la Zona 07 que se analiza y en relación con las mesas que se

estudian es, *mutatis mutandi*, la misma que ya tuvo ocasión de analizar la Sala respecto de la Zona 06 de Barranquilla. La solución ha de ser, por consiguiente, idéntica a la que entonces se adoptó. Prosperará, pues, el cargo.

4. *Zona Electoral 08*. En esta Zona Electoral, la demanda acusa un total de 88 mesas de votación, así:

En el Puesto número 1, las mesas 860 a 877, ambas inclusive.

En el Puesto número 2, las mesas 888, 891, 893, 895 y 897.

En el Puesto número 3, las mesas 898, 901, 902, 904, 907, 910, 913 y 920.

En el Puesto número 5, las mesas 940, 941, 942 y 944 a 953, ambas inclusive.

En el Puesto número 7, las mesas números 965, 973, 974, 975, 980 y 981.

Del Puesto número 8 impugna las mesas 984 a 986, la número 988 y las comprendidas entre la 990 y la 993, ambas inclusive.

Del Puesto número 10, acusa las mesas 1.010, 1.011, 1.013 a 1.017, 1.019, 1.021 a 1.025, 1.027 y 1.028.

Del Puesto número 11, las mesas 1.030 y 1.035; y

Del Puesto número 12, las mesas 1.055, 1.057 a 1.060 ambas inclusive; 1.066, 1.067, 1.069 a 1.071 también ambas inclusive; 1.073, 1.076 y 1.077.

Como ya se dijo en otro lugar de esta providencia, no se tendrá en cuenta por la Sala la impugnación contra los pliegos correspondientes a la mesa número 949, que hizo parte del puesto de votación número 5, porque ella ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Consejo Nacional Electoral en el sentido de excluirla del escrutinio.

En el cuaderno número 5, folios 262 a 266 puede leerse la fotocopia autenticada por el Registrador Municipal del Estado Civil de Barranquilla, de un ejemplar del Acta mecanografiada sobre introducción de pliegos electorales en el arca triclave correspondiente a la Zona del rubro. Y en la carpeta número 12, folios 138 a 142, aparece el original del cual dicha fotocopia fue tomada. Además, en la misma carpeta (fls. 112 a 129) se encuentra el original, con firmas autógrafas, del formulario E-20 o Acta de Introducción de Documentos Electorales en el arca triclave correspondiente a la Zona número 08.

Del examen detenido de tales documentos, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

a) Los pliegos electorales correspondientes a las 18 mesas acusadas del puesto número 1 fueron introducidos, todos, en el arca triclave a las 11:10 p.m. del día de las elecciones;

b) Los documentos electorales correspondientes a las 5 mesas que la demanda acusa, de las que funcionaron en el puesto número 2, fueron introducidos a las 00:15 horas del día 10 de marzo de 1986, siguiente al de las elecciones;

c) Los pliegos electorales correspondientes a las ocho (8) mesas de votación acusadas en el puesto número 3, fueron introducidos, todos, a las 00:05 horas del día 10 de marzo, siguiente al de las elecciones;

ch) Los pliegos de las 13 mesas acusadas en el Puesto número 5, fueron introducidos, todos a la 1:50 horas del día 10 de marzo de 1986, siguiente al de las elecciones;

d) Los documentos electorales de las 6 mesas de votación acusadas que funcionaron en el Puesto de votación número 7, fueron introducidos al arca triclave a las 00:05 horas del día 10 de marzo de 1986, siguiente al de las elecciones;

e) Los pliegos de las 8 mesas que la demanda acusa de las que funcionaron en el puesto de votación número 8 de esta Zona Octava, fueron introducidos al arca triclave a las 11:00 p.m. del día de las elecciones;

f) Los documentos electorales correspondientes a las 15 mesas acusadas de las que funcionaron en el Puesto número 10, fueron introducidos, todos, a las 11:50 p.m. del día de las elecciones;

g) Los pliegos correspondientes a las mesas números 1.030 y 1.035, acusadas en la demanda y que funcionaron en el puesto de votación número 11, fueron introducidos, ambos, a las 11:00 p.m. del día de las elecciones, y

h) Los pliegos de las mesas acusadas en el Puesto número 12 (13 en total), fueron todos introducidos a las 11:10 p.m. del día de las elecciones.

En resumen: De las 88 mesas de votación impugnadas, 87 pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de la Sala, pues debe excluirse la número 949 como ya se dijo. De tales 87 mesas, un total de diez (las acusadas de los puestos números 8 y 11) registran sus documentos electorales oportunamente ingresados al arca triclave, pues lo fueron a las once en punto de la noche. Los pliegos correspondientes a las 77 mesas restantes fueron introducidos al arca triclave respectiva, después de las once de la noche del día de las elecciones.

Ahora bien: Al folio 151 del cuaderno número 4 obra el informe de fecha 3 de abril de 1986 que aparece suscrito por el señor Luis Fernando Ramírez Medina, Inspector Electoral Zona 08, testigo presencial de la introducción y retiro de pliegos y por el señor Enemirlo Emilio Corwin A., "Registrador Auxiliar Zona 08 (Encargado)", dirigido a la Comisión Escrutadora Departamental en el Atlántico en donde se dice que "...determinados puestos de los que componen esta Zona Electoral 08 entregaron extemporáneamente ciertos pliegos y así fueron introducidos al arca triclave, *debido sin lugar a dudas a que esta Zona es la más extensa y populosa de la ciudad, pues se compone de doce (12) puestos, que algunos distan de la Registraduría Auxiliar de 45 minutos a una hora en carro directo. Además con respecto a lo preceptuado en la ley, el término establecido hasta las 11:00 de la noche no corresponde al lapso necesario para clasificación, conteo y anotación de 90 candidatos inscritos al Senado, Cámara, Asamblea y Concejo en el dispendioso número de formularios para esta elección. Como observé, la comisión de claveros introdujo en el arca triclave los*

pliegos a medida que fueron llegando de los distintos puestos..." (Las sublíneas son de la Sala).

Como a simple vista puede observarse con la sola lectura del documento que en lo sustancial queda transcrito, las razones o motivos que allí se aducen para justificar la introducción extemporánea de los pliegos electorales de las setenta y siete (77) mesas de votación que los autos evidencian, no están comprendidos dentro de las circunstancias exculpativas de esa extemporaneidad, a términos del ordinal 7º del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, precepto que otorga carácter justificativo a aquellas circunstancias que constituyan violencia, fuerza mayor o caso fortuito, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos electorales, esto es, a los señores claveros. La situación analizada es, pues, muy similar a la que ya analizó la Sala respecto de las zonas electorales números 06 y 07 de la ciudad de Barranquilla, por lo cual la solución que en este caso se adopte seguirá los lineamientos aplicados entonces. El cargo prosperará, aunque parcialmente.

5. *Zona Electoral 09.* En esta Zona la demanda sólo impugna la mesa número 1.084, que formó parte del puesto de votación número 2 (C. 1, fls. 6 y 8). Expresa la demanda que los pliegos correspondientes a esta mesa jamás entraron al arca triclave, toda vez que en el formulario E-20 no aparece relacionada tal mesa.

Ninguno de los dos ejemplares fotocopiados del Acta de Introducción de Documentos electorales en el arca triclave (forma E-20) que obran en el expediente, correspondientes a la Zona 09 puede ser tenido como prueba por la Sala, ya que el aportado por la actora carece de autenticación, si bien se halla estampillado (Cuaderno Nº 5, fl. 282) y tampoco se encuentra autenticado el ejemplar que forma parte de la Carpeta número 12. Pero aunque así no fuera, resulta que si bien dichos formularios E-20 sí relacionan como pliegos introducidos al arca triclave, los correspondientes a la mesa acusada, resulta que no indican el día ni la hora en que tal introducción ocurrió, contraviniendo en esa forma lo preceptuado en el inciso 1º del artículo 123 de la Ley 28 de 1979, tal como quedó reformado en virtud de lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 96 de 1985.

Para mayor abundamiento, la Sala observa:

La forma E-19A correspondiente a la mesa de votación que se examina, en la copia al carbón que conservan las autoridades electorales pues el original se destina al Presidente del jurado, puede observarse al folio 331 del cuaderno número 13. Defectuosamente diligenciada, pues no indica el nombre de quien hizo entrega de los documentos a que se refiere ni el estado de los mismos, aparece rubricada ilegiblemente en el extremo inferior por quien entregó (Presidente del jurado) y en los espacios destinados a las firmas de los tres claveros se observan unas firmas también ilegibles. En las casillas destinadas a anotar la hora, el día, el mes y el año, pueden leerse, respectivamente, los siguientes datos: "11:45, 9, marzo, 86". De manera que, como lo sostiene el actor, si la entrega precede a la introducción en el arca triclave, es preciso concluir que habiendo sido entregados los pliegos —conforme a la forma E-19A— a las 11:45 del día de las elecciones, su

ingreso al arca triclave debió ser, cuando menos, simultáneo con tal entrega. Prospera el cargo.

B) *Mesas extemporáneas del Municipio de Soledad.*

La demanda afirma que los pliegos correspondientes a las mesas números 2, 6, 7, 30, 52 y 73 a 117, que funcionaron en la cabecera municipal de Soledad el 9 de marzo de 1986, fueron introducidos extemporáneamente (C. 1, fls. 9 a 11). Ha de advertirse que como el Consejo Nacional Electoral excluyó del escrutinio las mesas números 7, 76, 92, 96, 99 y 109, la Sala no se pronunciará sobre ellas.

En el cuaderno número 6, folios 85 a 95, obran ejemplares con firmas autógrafas de las Actas de Introducción en el arca triclave de los documentos electorales correspondientes a la cabecera municipal de Soledad, y cuyo examen comparativo con los cargos contenidos en la demanda permite a la Sala arribar a las siguientes conclusiones:

a) Los pliegos correspondientes a las mesas de votación números 2, 30 y 52, fueron oportunamente introducidos en el arca triclave, así: Los de la mesa 2, lo fueron a las 11:00 p.m.; los correspondientes a la mesa 30, lo fueron a las 8:20 p.m. y los de la mesa 52 lo fueron a las 5:50 p.m., horas todas del día de las elecciones (fls. 87, 88, 89 y 90, C. 6);

b) Los pliegos electorales correspondientes a las mesas números 6, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116 y 117 fueron introducidos en el arca triclave correspondiente con posterioridad, todos, a las once de la noche del día de las elecciones, en horas que fluctúan entre las 11:05 p.m. del 9 de marzo de 1986 y las 00:55 del día 10 de marzo, si bien los documentos estudiados expresan, erróneamente, la hora de las 12:55 p.m. del día 9 de marzo.

Además, es preciso tener en cuenta que en el caso de estas mesas extemporáneas del Municipio de Soledad, a semejanza de lo que acontece con las de las Zonas Electorales 06, 07, 08 y 09 de la ciudad de Barranquilla, los motivos invocados a manera de justificación de las extemporaneidades presentadas, y que constan en la certificación suscrita en Soledad el 4 de abril de 1986 por el señor Christian Maury Goenaga como Registrador Municipal del Estado Civil, no satisfacen las exigencias del ordinal 7º del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, pues no acreditan circunstancias constitutivas de violencia, caso fortuito o fuerza mayor, certificadas por funcionario público competente, ni tampoco hechos que puedan imputarse a los funcionarios encargados por la ley de recibir los pliegos. En efecto, la certificación aludida dice así, en lo pertinente:

"Señores
Delegados del Registrador Nacional
Ambas Zonas
Barranquilla

HAGO CONSTAR:

Que los pliegos electorales correspondiente (sic) a los puestos de la Alcaldía y barrio Hipódromo bajo la responsabilidad de los señores Delegados del Registrador Municipal del Estado Civil fueron recibidos

a tiempo según consta en el formulario E-19A expedido a cada Presidente de los jurados de votación los cuales (sic) reposan copias en esta Registraduría; *la demora de entrar al arca triclave fue debido a problemas de transporte, y por otra parte de no haber un Agente del Orden para custodiar cada una de las mesas, como también al llegar a la Registraduría Auxiliar se encontró que estaban introduciendos (sic) pliegos de otros puestos con la natural demora que hay entre recibir una mesa y otra parte su introducción"* (Sublíneas de la Corporación; ver el documento en cita al folio 25 del cuaderno Nº 7 y en fólder Nº 2, sin foliar).

No es verosímil, en efecto, que en una localidad relativamente pequeña como el Municipio de Soledad, los pliegos electorales de las mesas que funcionaron en la propia cabecera municipal no se hubieren entregado en tiempo por "problemas de transporte"; ni tiene fundamento alegar que no se pudieron entregar los pliegos en la oportunidad legal por "no haber un agente del orden para custodiar cada una de las mesas", puesto que tal custodia no la exige disposición legal alguna ni es necesaria para la entrega de los pliegos electorales de mesas que hayan funcionado en la cabecera municipal y su subsiguiente depósito dentro del arca triclave y menos aceptable aún, como circunstancia exculpativa de la extemporaneidad que se presentó en Soledad, resulta invocar el turno o congestión en el momento de entregar los documentos electorales a los claveros.

Obsérvese que la certificación en comentario resulta ostensiblemente contradictoria e inconsistente porque, de una parte, alude indiscriminadamente a los pliegos electorales correspondientes a "los puestos de la Alcaldía y barrio Hipódromo", lo cual los engloba a todos, sin excepción alguna, y como oportunamente recibidos, y está probado que los pliegos de las mesas 73, 96 y 99, que la Sala toma al azar a guisa de ejemplo, que formaron parte del "Puesto Alcaldía". la primera y del "Puesto Hipódromo" las dos últimas, no sólo fueron extemporáneamente introducidos al arca triclave, sino recibidos por los claveros después de las 11:00 p.m. del día de las elecciones. Y porque, además, el mencionado certificado habla de los inconvenientes "de transporte", circunstancia que podría ser explicación de la demora en la entrega de los pliegos pero no de su introducción extemporánea al arca triclave. No estando, pues, demostrada ninguna de las circunstancias que, según la ley, justifican la extemporánea introducción de pliegos al arca triclave y estando, por el contrario, plenamente acreditada la extemporaneidad invocada en la demanda respecto de las mesas ya mencionadas, el cargo prosperará en relación con tales mesas.

La extemporaneidad de los registros y la apocrifidad de los mismos.

En vista de que la demanda, con apoyo en una sentencia de la Corporación de fecha 18 de junio de 1975, invoca también como causal de nulidad respecto de los pliegos electorales correspondientes a las mesas que impugna, la consagrada por el ordinal 2 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 según la cual "las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos ...2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación", cree

la Sala oportuno pronunciarse al respecto para desechar el cargo así formulado y rectificar, de paso, la mencionada jurisprudencia.

Dijo el fallo del 18 de junio de 1975 invocado por el actor, que la causal de nulidad de los registros electorales por extemporaneidad en la introducción de ellos en las respectivas urnas "es una modalidad o especie de la causal de nulidad por apocrifidad del registro o de los elementos que sirvieron para su formación" porque si para la ley electoral "los registros electorales devienen nulos por el solo HECHO de la extemporaneidad en su introducción, las corporaciones electorales al computar esos registros extemporáneos, estarían dándole validez a registros que por ministerio de la ley no la tienen y así mismo estarían desconociendo la autenticidad del *documento público* contenido en el 'Acta de Introducción de pliegos al arca triclave'..." (Mayúsculas y sublíneas de la sentencia transcrita).

Y agregó luego que "...*los pliegos extemporáneamente introducidos al arca triclave son NULOS también porque son apócrifos, esto es, porque para su cómputo se han considerado con prohibición expresa de la ley, simulando u ocultando la legalidad de lo sucedido en el momento de su introducción al arca triclave* que los conservará hasta el momento del escrutinio. Por otra parte, siendo los funcionarios electorales de investidura transitoria o temporal, *los documentos por ellos elaborados o en su poder, aunque correspondan a la verdad real, devienen apócrifos a partir del momento en que por mandato legal han cesado en sus funciones, esto es, luego de terminado el escrutinio de la respectiva mesa de votación, en el caso de los jurados de votación.* Por tanto, aún en el supuesto de que no existiera consagrada expresamente la causal de nulidad por extemporaneidad en la introducción de los pliegos electorales en el arca triclave (...), los pliegos electorales allí introducidos extemporáneamente, son NULOS porque son apócrifos, o lo son los elementos que han servido para su formación" (Las mayúsculas son del texto; las subrayas de esta Sala). ("*Anales del Consejo de Estado*". Tomo LXXXVIII, números 445 y 446, págs. 432 y 443).

Se exponen a continuación las razones que llevan a la Sala a rectificar la anterior jurisprudencia, y que coinciden en lo sustancial con las que invocaron quienes salvaron su voto a la citada sentencia del 18 de junio de 1975:

a) Es bien sabido que, como todas las de su índole, las causales de nulidad de los registros o actas de las corporaciones electorales son taxativas y, como tales, de estrictísima interpretación, puesto que constituyen excepciones al principio universal del derecho público conforme al cual los actos de las autoridades administrativas, incluidas las del orden electoral, disfrutan de una presunción de arreglo o conformidad con las disposiciones positivas de superior jerarquía normativa. Ello implica, como consecuencia obvia y necesaria del sistema así estructurado, que una determinada causal de nulidad electoral no puede utilizarse *ad libitum* para encuadrar dentro de ella, hechos que concreta y específicamente no regula, o que están previstos y regulados por una causal diferente o, en otros términos, que "cada una de ellas tiene su propia individualidad y entre sí no se pueden confundir ni mezclar", como bien lo expresaron los Consejeros firmantes del salva-

mento de voto a la sentencia invocada por el señor apoderado de la parte actora. Así las cosas, al paso que el ordinal 2 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 consagra la nulidad de las Actas de Escrutinio de los jurados o de toda corporación electoral cuando aparezca su apocrifidad o falsedad o las de los elementos que sirvieron para su formación, el ordinal 7º del artículo 42 de la propia ley, en armonía con el ordinal 6 del artículo 65 *ibídem*, consagra la nulidad de los pliegos electorales cuando "se hayan introducido al arca triclave extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violencia, fuerza mayor o caso fortuito, certificados por funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos". Es evidente que la nulidad consagrada por el ordinal 2 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 tiene como finalidad última la de hacer prevalecer la verdad real sobre lo falso o lo inventado; el ordinal 7º del artículo 42 de la misma ley no busca establecer la presunción de que al vencimiento del término apto para la introducción de pliegos al arca triclave estos últimos se conviertan en falsos o apócrifos —como lo pretende la sentencia cuya jurisprudencia se rectifica—, sino precautelar la pureza del sufragio ya que la tardanza en su introducción al receptáculo que debe contenerlos permite sospechar fundadamente que se han realizado maniobras tendientes a alterar la voluntad libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos, expresada en las urnas, a menos —claro está— que la extemporaneidad obedezca a circunstancias constitutivas de violencia, caso fortuito o fuerza mayor debidamente certificadas por funcionario público competente, o que se demuestre que tal extemporaneidad se deba a hechos imputables a los claveros, que son los funcionarios encargados de recibir los pliegos electorales y de introducirlos "inmediatamente" en el arca triclave, según la expresión del artículo 39 de la Ley 96 de 1985;

b) La noción de "falsedad o apocrifidad de que habla la ley —lo ha dicho y reiterado el Consejo de Estado— se relaciona con la mutación física o material de los pliegos, con la alteración intelectual de su contenido y con la inexistencia de los documentos que puedan contribuir a la formación de los registros, cuando tales documentos constituyen garantía eficaz o irreemplazable de la pureza del sufragio" (Sentencia del 6 de mayo de 1959). Y en fallo de fecha 4 de mayo de 1971 expresó lo que a continuación se transcribe, tomándolo de la sentencia del 7 de noviembre de 1984 (*"Anales"*, Tomo CVII, números 483 y 484, pág. 945) que lo prohijó:

"La apocrifidad, invención fabulosa, adulteración o falsedad, como sinónimos que son, implican que se deforme, simule u oculte lo real, es decir, lo verdadero, sea para desfigurarlo mediante la adición o sustracción de factores cuantitativos o cualitativos, para desvanecerlo mediante el artificio o el engaño o para mostrar como cierto lo que no existe, mediante la farsa o la ficción.

"Y es precisamente el empleo de cualquiera de estos sistemas para empañar la pureza del sufragio o tergiversar la verdad electoral lo que el artículo 196, ordinal 2º, sanciona con la declaración de nulidad.

"No se trata pues de la simple falta de algunos requisitos formales en el registro electoral o en sus antecedentes sino la de falsedad misma

de ellos, para desfigurar la verdad electoral, ocultarla, simular un resultado inexistente o defraudar el real.

"Es entonces indispensable que para que prospere una impugnación de esta naturaleza contra un resultado electoral, que se muestre plenamente, y no a base de inferencias o hipótesis, la existencia concreta y operante de uno de aquellos sistemas de maquinación fraudulenta ya mencionados. De lo contrario, la presunción de legalidad y veracidad que ampara los actos de las operaciones electorales bastará para mantener incólume el resultado objeto de la acusación".

"... ... ...

"Y que los correspondientes a las mesas 10, 19 y 20, aunque no tienen firmas, no pueden considerarse por ese solo hecho como anónimos o expósitos, ya que en las notas de escrutinio de ellas, una vista por la Corte Electoral (mesa 10) y otras halladas conforme a la ley en las cubiertas respectivas (mesas 19 y 20), muy claramente se lee que, antes de empezar la cuenta de los votos, uno de los jurados le dio lectura en voz alta a los nombres de las personas que sufragaron en la mesa, es decir al registro de votantes, circunstancia que muestra de modo implícito pero también incontrastable que los jurados de votación presentes en el escrutinio tuvieron ese registro como verídico y lo autenticaron además al colocar sus firmas en el Acta de Escrutinio de la mesa, o sea que le infundieron plena validez" (*Anales del Consejo de Estado*. Primer Semestre de 1971; págs. 406, 407 y 409);

c) Tratándose, como en efecto se trata, de dos causales de nulidad de los registros electorales, independientes y con vida propia cada una, los hechos que constituyen la nulidad por extemporaneidad no pueden, en sana lógica jurídica, determinar que los pliegos electorales extemporáneamente introducidos al arca triclave se conviertan, *ipso facto*, en falsos o apócrifos ni tampoco extender esos defectos a los registros electorales que los hayan tenido en cuenta, toda vez que no pueden comunicar lo que en sí mismos no tienen;

d) Por lo demás, el tratamiento que en la Ley 96 de 1985 se otorga a una y otra causal es enteramente diferente, pues al paso que la extemporaneidad en la introducción de pliegos al arca triclave es causal específica de reclamación (aunque también lo es de nulidad por fuerza del ordinal 6 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985), la falsedad o apocrifidad de los registros electorales o de los elementos que les sirvieron para su formación únicamente está contemplada como causal de nulidad (y no de reclamación). Ese diferente tratamiento determina que mientras la extemporaneidad puede y debe ser invocada en sede administrativa, lo que no empece a que se aduzca como causal de nulidad en sede jurisdiccional, la de falsedad o apocrifidad de los registros sólo puede aducirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo como causal de nulidad, sin que pueda ser objeto de planteamiento en la vía gubernativa electoral en calidad de causal de reclamación. Ese distinto tratamiento se proyecta, además, a las consecuencias de una y otra causal, toda vez que si las entidades integrantes de la organización electoral administrativa, incluido el Consejo Nacional Electoral, como cuerpos escrutadores, hallan fundada una causal de reclamación, la extemporaneidad por ejemplo, han de proceder a excluir del cómputo de votos y de los respectivos escrutinios

los pliegos inoportunamente depositados en el arca triclave (art. 42, Ley 96 de 1985, primer inciso siguiente al ordinal 12), mientras que si la jurisdicción contencioso administrativa halla probada la causal de nulidad consagrada en el numeral 2 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, deberá declararla y sólo como *medida consecuencial* ordenará la exclusión del cómputo general de los votos consignados de conformidad con el registro o el Acta, según el caso (C. C. A., art. 226).

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala Electoral de la Corporación procede a rectificar la jurisprudencia contenida en la sentencia del 18 de junio de 1975 en cuanto sostuvo que la extemporaneidad en la introducción de pliegos electorales al arca triclave constituye "una modalidad o especie" de la nulidad por apocrifidad del registro o de los elementos que sirvieron para su formación, afirmación que la llevó a sostener erróneamente que los pliegos introducidos extemporáneamente al arca triclave son nulos por ser apócrifos en sí mismos, o por serlo los elementos que les sirvieron de base en su formación. No prospera, en consecuencia, el cargo de extemporaneidad que la demanda endilga con fundamento en la jurisprudencia que se rectifica.

Segundo cargo: Falta de firma del Secretario del Registrador Municipal del Estado Civil de Soledad en la resolución que designó jurados de votación y carencia de aprobación de la resolución por los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil.

El segundo cargo lo hace consistir la demanda en que la Resolución número 001 de fecha 22 de febrero de 1986 mediante la cual el Registrador Municipal del Estado Civil designó a las personas que debían actuar como jurados de votación, carece de la firma del Secretario y, además, de la constancia de haber sido aprobada por los señores Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil para el Departamento del Atlántico y lo fundamenta en el ordinal 4º del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, conforme al cual "las Actas de Escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas 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".

Según el apoderado del actor, los vicios que anota a la Resolución número 001 del 22 de febrero de 1986 del señor Registrador Municipal del Estado Civil de Soledad determinan que ese acto administrativo carezca de todo valor legal y por consiguiente, que "los jurados por ella nombrados no lo fueron legalmente y carecieron de competencia para desempeñar el mencionado cargo..."

Para el señor Fiscal de la Corporación el cargo está llamado al fracaso, porque "la falta de una formalidad o de un elemento de la Resolución 001 del 22 de febrero de 1986 del Registrador Municipal de Soledad corresponde a una acción separada por tratarse de un acto administrativo que no está involucrado en forma alguna al proceso demandado y que, además, se presume legal hasta tanto no sea anulado por el juez competente" y la presente no es la oportunidad ni la acción apropiadas para pronunciarse respecto de la legalidad del referido acto. Similares planteamientos formula en su alegato de conclusión el señor apoderado de los demandados Zabaraín Manco y Carbonell M'Causland.

En su alegato de conclusión, el señor apoderado del actor abunda en planteamientos de tipo jurídico, mediante los cuales trata de demostrar sus puntos de vista consistentes, en síntesis, en que uno es el "sistema electoral" a que se refiere el artículo 172 de la Constitución Nacional y que sería el "sistema electoral constitucional" y otro, más vasto, el "sistema electoral legal" comprendido por todo el conjunto de normas referentes al ramo electoral actualmente vigentes en la República.

Se considera:

El cargo, tal como está formulado en la demanda, no está llamado a prosperar, pues ya la Sala tiene definido su criterio sobre lo que ha de entenderse por la expresión "... con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República" que utiliza el ordinal 4 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985. En efecto, ha dicho la Sala al respecto:

"Entiende la Sala que el sistema electoral en Colombia está establecido no sólo para asegurar la representación proporcional de los partidos mediante el mecanismo del cuociente electoral, sin que el simple quebrantamiento de uno u otro modo de obrar o proceder en orden al objetivo dicho, pueda suscitar la invalidez de la elección, sino también para 'que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de la voluntad del elector expresada en las urnas' (art. 1º, Ley 96). Precisamente por ello sólo se erigen en causales de nulidad aquellas circunstancias o casos taxativos del artículo 65 de la Ley 96, que de suyo implican un grave desmedro a la esencia misma del régimen electoral, pero sin que otras irregularidades menores, originadas en conductas u omisiones provenientes de los funcionarios electorales o de los mismos sufragantes o terceros, tengan la virtualidad de anular los escrutinios que constituyen el acto de reconocimiento y recuento de los votos emitidos.

"Bajo las precisiones anteriores no cabe olvidar que el régimen electoral colombiano está sujeto a un conjunto de proposiciones fundamentales que lo informan o tutelan, y es por ello que el artículo 1º de la Ley 96 prescribe que el 'objeto de esta ley es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas...'

"Es del caso señalar que cada una de las causales de nulidad previstas en el artículo 65 de la Ley 96 tiene su propia autonomía y particularidad, sin que sea factible que cualquier defecto no previsto allí, ni en las causales de reclamación del artículo 42 de la misma, pueda invocarse como una violación del sistema electoral. Pero entiende la Sala que esta causal tiene aplicación cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con desconocimiento no sólo del mecanismo del cuociente electoral como medio para asegurar la representación proporcional de los partidos, sino, además, de los principios esenciales o fundamentales que orientan el proceso de integración del poder político mediante el sufragio popular.

"Quiere decir lo anterior que no están comprendidos en el numeral 4 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 los defectos, irregularidades o vicios de carácter procedimental en que se incurra en las etapas de votación y de escrutinio, que incluye la guarda y conducción de los documentos electorales, algunos de los cuales, los graves, ya están sancionados por la ley como causales específicas de nulidad" (Sentencia de 26 de febrero de 1987; Sala Contenciosa Electoral; Expediente número E-016; Actor Carlos Plata Castilla).

Si de conformidad con el criterio sentado por la Sala, no quedan comprendidos dentro de la preceptiva del ordinal 4 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 las irregularidades o los vicios de tipo procedimental en que se hubiere incurrido en las etapas de votación y escrutinio, con mayor razón aún no pueden considerarse cobijadas por el precepto en cita defectos tales como la ausencia de firma del Secretario en una Resolución que designa los jurados de votación, ni la falta de la constancia de la aprobación de ese acto administrativo por parte de los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, máxime si se considera que, si se estimó que tal acto era violatorio de la ley, ha debido acusársele ante el juez o tribunal competente mediante las acciones que para el efecto consagran las leyes. No prospera, en consecuencia, el cargo.

Tercer cargo: Nulidad total de la votación registrada en el Municipio de Galapa.

Se produce, según la demanda, porque al computar los votos emitidos en el Municipio de Galapa la Comisión Escrutadora Municipal, primero, y los Delegados del Consejo Nacional Electoral, después, incurrieron en "grave violación de normas pertenecientes a nuestro sistema electoral" como es el inciso 2º del artículo 32 de la Ley 96 de 1985, conforme al cual cuando la Comisión Escrutadora (distrital, municipal o auxiliar, según el caso) no pueda concluir el escrutinio antes de las nueve (9) de la noche del día martes siguiente a las elecciones, "se continuará a las nueve (9) de la mañana del día siguiente en forma permanente, y si tampoco se termina, se proseguirá durante los días calendario subsiguientes y en las horas indicadas, hasta concluirlo".

Para el actor, la "grave violación" que aduce radica en el hecho de que la Comisión Escrutadora Municipal de Galapa trabajó en jornada contínua y sin suspensión alguna, desde las 9:40 a.m. del día trece (13) de marzo de 1986 hasta las 2:15 de la madrugada del viernes 14 de marzo del propio año, "laborando durante toda la noche del último día". Da a entender el señor apoderado de la parte actora que un trabajo desempeñado en esas circunstancias, no sólo puede prestarse a errores de los miembros de la Comisión, por la natural fatiga, sino a equivocaciones que afecten la pureza de los escrutinios, así como a que los testigos electorales, los propios candidatos o cualquier interesado en presenciar los escrutinios puedan ver menguados sus derechos a reclamarlos, disminuido su derecho de defensa por el sueño o el propio cansancio, "todo lo cual ningún beneficio le produce al propósito de nuestro sistema electoral, interesado en 'asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos' pero que también 'los escrutinios sean reflejo exacto de

los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas' como bien lo expresa el artículo 1º de la Ley 96 de 1985. Por estas razones lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 32 de esta ley mencionada es una norma 'sustantiva' de nuestra legislación electoral, que por tal carácter es de las que pertenece a nuestro 'sistema electoral adoptado por las leyes de la República', pues su violación no es un quebranto inocuo sino una grave lesión a nuestro sistema electoral" (Cuaderno Nº 1, fl. 40).

El señor Fiscal de la Corporación, luego de apuntar que "en la copia del Acta de Escrutinio que aparece en el cuaderno número 6 de pruebas, de Ricardo Rosales, en el folio 34 de dicha Acta se lee al final: 'Siendo las dos y quince de la madrugada se da (sic) por terminado los escrutinios, y no aparece el resto del Acta', es de opinión que el cargo debe prosperar por razones que se identifican con las alegadas por el señor apoderado de la parte actora".

En su alegato de conclusión, el señor apoderado de los demandados Zabaraín y Carbonell anota que los hechos invocados por el actor en apoyo de su cargo no se hallan consagrados expresamente en la ley electoral como causal de nulidad, y se opone a la prosperidad del cargo con fundamento en jurisprudencia de esta Corporación conforme a cuyos términos en materias contencioso electorales, la aplicación y declaración de nulidades no se hace al buen criterio del juzgador "ante actos o hechos contrarios a la ley que pueda encontrar comprobados en juicio, ni tampoco por extensión o analogía, sino exclusivamente cuando la ley de modo expreso, en disposiciones que siempre se han tenido por taxativas, lo ordena" (Sentencia de 13 de mayo de 1959; *"Anales"*, Tomo LXI-Bis, pág. 106).

Por su parte, el apoderado del actor, en su extenso alegato de conclusión, insiste en el cargo tal como fue planteado en el libelo, invocando en su demostración el Acta General del Escrutinio Municipal de Galapa, que forma parte integrante del cuaderno número 6.

Se considera:

El cuaderno número 6 contiene algunas de las pruebas decretadas a instancias del actor y, fundamentalmente, los documentos remitidos a esta Corporación por el señor Registrador Nacional del Estado Civil (Encargado), doctor Alfonso Garzón Leongómez conjuntamente con el Oficio número 8034 de fecha 16 de octubre de 1986, el cual da respuesta al Oficio número 848 de fecha 30 de septiembre de 1986 enviado al citado funcionario en cumplimiento de lo dispuesto en el auto contentivo del decreto de pruebas, calendado el 19 de septiembre de 1986. Dentro de los documentos remitidos por el señor Registrador, aparece el que lleva como título "Acta General del Escrutinio General Municipal" correspondiente al Municipio de Galapa (fls. 101 a 136, ambos inclusive, C. 6). Se trata de una copia al carbón e incompleta, como lo observa el señor Fiscal Primero de la Corporación, pues carece de la última hoja en la que deberían aparecer las firmas de los integrantes de la Comisión Escrutadora.

Ha dicho la Sala que la falta del Escrutinio Municipal "no determina la causal 4 de nulidad del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, o sea,

la consistente en que votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución y en las leyes. No es este el caso. El caso planteado cabría dentro de la causal de reclamación del artículo 42 (4ª) de la referida ley, pero para ello se hace necesario no sólo la inexistencia del Acta de Escrutinio, sino la circunstancia de haberse destruido o perdido los votos emitidos en las urnas, como quiera que la conjunción "y" allí empleada es copulativa, y por consiguiente para que la nulidad sea viable es de rigor el cumplimiento de las dos circunstancias anotadas" (Sentencia del 26 de febrero de 1986; Sala Contenciosa Electoral; Actor: Carlos Plata Castilla, Expediente Nº E-016).

Para fundar el cargo que se despacha, la demanda no invocó la causal prevista en el ordinal 4 del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, en concordancia con el ordinal 6º del artículo 65 de la misma Ley 96, sino que limitó su planteamiento a través de la causal contemplada en el ordinal 4 del citado artículo 65, lo que, como se dijo, es improcedente conforme a la mencionada jurisprudencia de la Sala.

No prospera el cargo.

Cuarto cargo: Nulidad total de la votación obtenida en el Municipio de Polonuevo.

La nulidad invocada se fundamenta en la demanda en la circunstancia de que el Escrutinio de los votos emitidos en el Municipio se efectuó no en la sede u oficina de la Registraduría Municipal del Estado Civil, que es donde debe permanecer el arca triclave, lo mismo que los claveros, sino en el "local donde sesiona el Concejo Municipal de dicho Municipio". El hecho de realizar los escrutinios municipales —agrega el libelo— en sitio distinto del local donde funciona la Registraduría Municipal significa "el trasteo del arca triclave de un sitio a otro" lo cual puede hacerse siempre y cuando el respectivo Registrador, previamente al comienzo de los escrutinios, señale otro local y exprese las razones de su decisión. Como "este señalamiento previo no ocurrió en el caso de Polonuevo —concluye el actor— resultó violentado el sistema electoral que para la realización de los escrutinios han señalado los artículos 32 y 38 de la Ley 96 de 1985..."

Como apoyo de la nulidad impetrada, la demanda invoca la causal cuarta del artículo 65 de la Ley 96 de 1985 en armonía con el artículo 32 de la propia ley, y también aduce el numeral 8º del artículo 42 de la citada Ley 96, correlacionado con el numeral 6º de la disposición primeramente citada, esto es, por haberse extendido y firmado el Acta "en sitio distinto del lugar o local en donde debe funcionar la respectiva corporación escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente" (C. 1, fls. 13 y 40 a 42).

El señor apoderado del actor, en su alegato de conclusión, reproduce los planteamientos de la demanda para insistir en ellos. Por su parte, el señor apoderado de los demandados Zabaraín Manco y Carbonell M'Causland pide que el cargo se despache desfavorablemente al actor, pues en el proceso no se demostraron en forma alguna las violaciones que se invocan, pues debe presumirse que el local donde funcionó la Comisión Escrutadora Municipal fue el previamente señalado por la Registraduría Municipal para el efecto y no lo contrario

y que, además, no se ha demostrado que el lugar donde se firmó y extendió el Acta de Escrutinio Municipal hubiese sido un sitio distinto a aquél donde debió funcionar la respectiva Comisión Escrutadora, ni tampoco que el local de sesiones del Cabildo de Polonuevo no haya sido previamente señalado por la Registraduría Municipal de esa localidad para que allí funcionara la referida corporación escrutadora.

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su vista de fondo hesita entre la tesis sostenida por la demanda y la planteada por el señor apoderado de los demandados Zabaraín y Carbonell, terminando por expresar que la prosperidad del cargo dependerá, en últimas, de la interpretación que la Sala dé al Acta de Escrutinios.

Se considera:

A folios 137 a 158, ambos inclusive, del cuaderno número 6 obra el original del "Acta General del Escrutinio Municipal" cuyo encabezamiento dice así:

"En Polonuevo Departamento del Atlántico siendo las DIEZ 10:00 de la mañana del día (ilegible por superposición de un sello) de marzo del año de mil novecientos ochenta y seis (1986) *se reunieron en el local donde sesiona el CONCEJO MUNICIPAL de dicho Municipio*, los doctores MARTA CLARKE RUGELES, Juez 1º Laboral del Circuito de Barranquilla y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, de distinta filiación política, quienes integran la Comisión Escrutadora designada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con el fin de practicar el escrutinio de los votos emitidos el día NUEVE (9) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986) para Corporaciones Públicas en este Municipio. *Como Secretario de la Comisión Escrutadora actuó la señora* FARIDES OSORIO DE MENDEZ *Registradora Municipal Encargada...*" (Mayúsculas del texto; subraya la Sala).

No existe, dentro del texto mismo del documento cuyo encabezamiento se ha transcrito, constancia ninguna de que por algún testigo electoral, un candidato o un apoderado o representante suyo, se hubiese protestado por el hecho que la demanda considera tan irregular. Existió, pues, un tácito asentimiento al respecto.

La publicidad del proceso eleccionario, por otra parte, es una de sus notas características y bien puede sostenerse que lo que se hizo en forma pública y notoria fue igualmente conocido por todos los interesados y por ellos aceptado en la forma en que se hizo, pues que no elevaron su protesta ni hicieron uso de su legítimo derecho a hacer constar en el texto del Acta su oposición o disentimiento.

Si a lo dicho se agrega que las autoridades administrativas no obran, *necesariamente*, a través de actos escritos, sino que en innúmeras ocasiones la decisión contentiva de una declaración de voluntad o de inteligencia de un órgano administrativo legalmente idóneo para producirla, se manifiesta mediante actos puramente verbales y, a veces por simples gestos (como el del agente de policía que obliga a desviar al conductor de un vehículo de la ruta que llevaba), bien puede pen-

sarse que esa relativa libertad de la autoridad administrativa para obrar en el acto, sin sujeción a requisitos de forma, aunada a la publicidad que su medida debe necesariamente tener, a la notoriedad de la decisión y al asentimiento tácito que la Sala deja apuntado, permiten concluir válidamente que el salón de sesiones del Concejo Municipal, por ser un sitio más amplio que las usualmente estrechas oficinas de un Registrador Municipal del Estado Civil, fue el local previamente señalado por el Registrador de Polonuevo para llevar a cabo el escrutinio general de los votos emitidos para integrar corporaciones públicas en las elecciones celebradas el día 9 de marzo de 1986. Y que siendo ese el sitio donde se extendió y firmó el Acta que recogió las labores de la Comisión Escrutadora Municipal, no están probados los motivos de nulidad que la demanda aduce.

Por todo lo expuesto, el cargo que se examina no prosperará.

Quinto cargo: Errores aritméticos en las Zonas 05, 06, 07 y 08 de Barranquilla.

Los errores aritméticos invocados son los siguientes:

En la Zona 05 de Barranquilla reclama que en el Acta del Escrutinio se contabilizaron 1.641 votos en favor del candidato a la Cámara de Representantes Luis Lorduy Lorduy, por error aritmético en la suma de las respectivas mesas, pero que en realidad de verdad el total de la suma sólo era de 1.627.

En la mesa 06 de Barranquilla reclama que el candidato a la Cámara Ricardo Rosales Zambrano tiene en el Acta de Escrutinios 1.426, por error aritmético en la suma de los votos depositados en cada mesa; pero afirma que su votación real ascendió a 1.457 sufragios.

En la Zona 07 de Barranquilla reclama que los candidatos a la Cámara Luis Lorduy Lorduy y Ricardo Rosales Zambrano, aparecen en el Acta con 1.944 y 2.293, respectivamente, por error aritmético al sumar los votos de las correspondientes mesas, cuando en verdad, de no haber mediado el mencionado error, habríanse reconocido en el Acta 1.934 y 2.478 sufragios, respectivamente.

En la Zona 08 de Barranquilla, reclama que a los candidatos Luis Lorduy Lorduy, Ricardo Rosales Zambrano, y Próspero Carbonell, les totalizaron 2.451, 3.184 y 3.737 sufragios respectivamente, cuando sus votaciones son 2.439, 3.200 y 3.684, en cada caso, si se hubieran sumado bien las mesas respectivas.

Como soporte jurídico de la nulidad impetrada invocó el demandante lo preceptuado en los artículos 223 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue subrogado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, en relación con el artículo 42, numeral 11, de la misma ley.

Se considera:

Ni el agente colaborador del Ministerio Público, ni la parte opositora hicieron examen del cargo.

La Sala ha procedido a estudiar las Actas de las Zonas 05, 06, 07 y 08 y ha establecido que en realidad de verdad sí existen los errores

aritméticos alegados en la demanda, aunque en magnitudes diferentes, pues los resultados correctos en cada caso son los siguientes:

Zona 05, Luis Lorduy Lorduy 1.396 votos.

Zona 06, Ricardo Rosales Zambrano 1.532 votos.

Zona 07, Luis Lorduy Lorduy 2.059 votos.

Ricardo Rosales Zambrano 2.492 votos.

Zona 08, Luis Lorduy Lorduy 2.397 votos.

Ricardo Rosales Zambrano 3.280 votos y,

Próspero Carbonell 3.694 votos.

Los anteriores son los resultados correctos, una vez enmendados los errores aritméticos observados por la Sala, y que constituirán la base a partir de la cual habrán de descontarse los votos depositados en todas y cada una de las mesas que se excluirán del escrutinio en virtud de la prosperidad parcial del cargo sobre extemporaneidad en la introducción de pliegos electorales al arca triclave, según quedó establecido anteriormente.

En estos términos se decide el cargo relacionado con los errores aritméticos.

VIII. Excepciones:

El demandado Armando Zabaraín Manco (C. 1, fl. 103) propuso "todas las excepciones que se desprendan de las pruebas del proceso, fundamentadas en los textos legales y relacionadas con las pretensiones y hechos de la demanda". Por su parte, el demandado Jorge Gerlein Echeverría, por conducto de su apoderado, propuso las siguientes excepciones que denominó "de fondo":

a) La de inexistencia de la extemporaneidad para todas aquellas mesas cuyos pliegos fueron introducidos al arca triclave antes de las doce de la noche del día de las elecciones, fundada en el artículo 60 del Código de Régimen Político y Municipal y en el inciso final del artículo 40 de la Ley 96 de 1985;

b) La de "*evidente* inexistencia de extemporaneidad respecto de aquellas mesas impugnadas cuyos pliegos fueron introducidos al arca triclave a las once de la noche" del día de las elecciones, fundada en los incisos 1º y 3º del artículo 40 de la Ley 96 de 1985;

c) La de inexistencia de extemporaneidad "respecto de aquellas mesas cuyos pliegos fueron entregados en la Registraduría Municipal de Barranquilla antes de las once de la noche", fundamentada en la excepción prevista en la parte final de la causal 7 del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, y

d) La de "inexistencia de extemporaneidad respecto de aquellas mesas cuyos pliegos fueron introducidos con retardo al arca triclave por motivo de fuerza mayor o caso fortuito", fundada en lo dispuesto por la causal 7 del artículo 42 de la Ley 96 de 1985.

La Sala considera que las excepciones así propuestas no son propiamente tales, porque la noción de excepción en derecho procesal, si bien es un medio de defensa, no engloba —como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia— toda la defensa. La excepción en derecho procesal es una noción inconfundible con la de defensa del demandado. La defensa consiste en negar el derecho invocado por el demandante, mientras que la excepción de fondo, en sentido estricto, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducidos en la demanda, sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos o extintivos que, una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilan los posibles efectos jurídicos de los primeros. Por ello ha expresado la Corte que "la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez como acción" (Gaceta Judicial, Tomo LIX, pág. 406).

Lo anterior, en cuanto a las "excepciones" planteadas por el apoderado del señor Jorge Gerlein Echeverría en su escrito de oposición, pues en cuanto a la propuesta por el demandado Armando Zabaraín Manco, trátase de la llamada "excepción genérica" que, como lo tiene resuelto de manera unánime la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, no es técnica y propiamente hablando una excepción, como no lo son tampoco las denominadas excepciones de carencia de acción o de inexistencia de la obligación.

No prosperan, entonces, las excepciones propuestas por los demandados Armando Zabaraín Manco y Jorge Gerlein Echeverría. Así se declarará.

IX. Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Sala Contenciosa Electoral del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal de la Corporación,

Falla:

Primero. No prosperan las excepciones propuestas por los demandados.

Segundo. Declárase la nulidad parcial del Acuerdo número 13 del 14 de julio de 1986 proferido por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto por su artículo séptimo (7º) declaró elegidos como Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Atlántico para el período constitucional de 1986 a 1990, a los siguientes ciudadanos:

Principales	*Suplentes*
Hernán Berdugo Berdugo	Miguel Alejandro Bolívar Acuña
Moisés Tarud Hazbún	Carlos Ernesto Oeding Arroyo
Jaime Vargas Suárez	Rubén Maury Pertuz
Emilio Lébolo Castellanos	Libardo De la Cruz Redondo

José Manuel Danies Pana	Alfredo Mercado O'Brien
Carlos Enrique Rodado Noriega	Franco Martínez Aparicio de la Peña
Jorge Gerlein Echeverría	Gustavo Jurado Henao
Próspero Carbonell M'Causland	Armando Zabaraín Manco

Tercero. Decláranse igualmente nulos los registros electorales correspondientes a las mesas de votación que a continuación se enumeran , por haber sido introducidos extemporáneamente al arca triclave, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia:

1. *De la ciudad de Barranquilla:* Las mesas números 604, de la *Zona Electoral 05;* 619, 623, 627, 629, 631, 632, 634, 641, 658, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 688, 689, 692, 694 y 697 de la *Zona Electoral 06;* 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 731, 742, 744, 753, 785, 788, 790, 799, 800, 801, 802, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 835, 837, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 846, 847, 848, 850, 851, 852, 854, 855, 856, 857 y 859 de la *Zona Electoral número 07;* 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 888, 891, 893, 895, 897, 898, 901, 902, 904, 907, 910, 913, 920, 940, 941, 942, 944, 945, 946, 947, 948, 950, 951, 952, 953, 965, 973, 974, 975, 980, 981, 1.010, 1.011, 1.013, 1.014, 1.015, 1.016, 1.017, 1.019, 1.021, 1.022, 1.023, 1.024, 1.025, 1.027, 1.028, 1.055, 1.057, 1.058, 1.059, 1.060, 1.066, 1.067, 1.069, 1.070, 1.071, 1.073, 1.076 y 1.077 de la *Zona Electoral número 08* y la mesa número 1.084 de la *Zona Electoral número 09;* y

2. *Del Municipio de Soledad (Cabecera):* Las mesas números 6, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116 y 117.

Cuarto. Como consecuencia de las nulidades que se declaran, *ordénase la práctica de un nuevo escrutinio* únicamente para Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Atlántico para el período constitucional de 1986 a 1990, en el cual se excluirán los votos emitidos en las mesas de votación relacionadas en el punto *tercero* de la parte resolutiva de esta sentencia y se rectificarán los errores aritméticos de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. Para la práctica del escrutinio que aquí se ordena, señálase la hora, de las dos de la tarde (2 p.m.) del quinto (5º) día hábil siguiente al de la ejecutoria de este fallo.

Quinto. Si como resultado del nuevo escrutinio que se practique se modificare la composición de la representación de la Circunscripción Electoral del Atlántico en la Cámara de Representantes, expídanse las nuevas credenciales a que hubiere lugar a quienes resultaren elegidos. Por ese mismo hecho quedarán sin valor ni efecto las expedidas a otras personas. Háganse las comunicaciones que sean del caso.

Sexto. Comuníquese la presente providencia al señor Registrador Nacional del Estado Civil, a sus Delegados en el Departamento del Atlántico y al señor Gobernador del Departamento del Atlántico.

Séptimo. Niéganse las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida por la Sala en sus sesiones de fechas dos (2), seis (6) y siete (7) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987) y aprobada en la última de tales sesiones.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, José Joaquín Camacho Pardo, Gaspar Caballero Sierra, Carmelo Martínez Conn,* Con salvamento de voto parcial; *Simón Rodríguez Rodríguez, Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

TERMINOS DE HORAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS ACTOS ELECTORALES DE ENTREGA DE LOS PLIEGOS ELECTORALES A LOS CLAVEROS Y DE INTRODUCCION DE ESOS DOCUMENTOS AL ARCA TRICLAVE (Salvamento de voto).

(Causal 7ª de reclamación del artículo 42 de la Ley 96 de 1985). Esta causal de reclamación, que también lo es el de nulidad, en armonía con el artículo 40 ibidem, no puede operar en forma automática, porque ella admite justificación de la demora en la entrega de los pliegos electorales, como la violencia, la fuerza mayor, el caso fortuito, y "el hecho imputable a los funcionarios encargados de recibir los pliegos electorales, como son la violencia, la fuerza mayor, el caso fortuito", el hecho imputable a los funcionarios encargados de recibir los pliegos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Electoral.— Bogotá, D. E., diez de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Referencia: Expediente número E-052.

SALVAMENTO DE VOTO

Mi discrepancia con la decisión de la ilustrada mayoría de la Sala, se concreta únicamente a la exclusión de 42 mesas urbanas del Municipio de Soledad, por haberse introducido los pliegos correspondientes después de las 11:00 p.m., del 9 de marzo de 1986.

Fundo mi discrepancia en las siguientes razones: Obra en el expediente y en la sentencia se transcribe en su integridad, una certificación expedida por el señor Chrystian Mauri Goenaga, Registrador Municipal del Estado Civil de Soledad (Ver fl. 41 de la sentencia), dirigida a sus superiores jerárquicos, los Delegados del Registrador Nacional, en la cual hace constar "que los pliegos electorales correspondiente (sic) a los puestos de Alcaldía y barrio Hipódromo, bajo la responsabilidad de los señores Delegados del señor Registrador Municipal del Estado Civil *fueron recibidos a tiempo según consta en el formulario E-19A, expedido a cada Presidente de los jurados de votación los cuales (sic) reposan copias en esta Registraduría*; la demora al entrar al arca triclave fue debido a problema de transporte y por otra parte no haber un Agente del Orden para custodiar a cada una de las mesas, como también al llegar a la Registraduría Auxiliar se encontró que estaban introduciéndolos (sic) pliegos de otros puestos con la natural demora que hay entre recibir una mesa y otra para su introducción".

Sostengo la opinión y en otro aparte de la sentencia también se afirma lo mismo, que la hora límite de las 11:00 p.m., en las Zonas Urbanas para introducir los pliegos de los jurados de las mesas de votación al arca triclave, es un término que admite prueba justificativa de la demora, conforme se expresa en el artículo 42, causal 7ª de reclamación, que dice: "Cuando los pliegos se hallan introducido al arca triclave extemporáneamente, a *menos que el retardo obedezca a circunstancia de violencia, fuerza mayor, o caso fortuito,* certificado por funcionario competente, *o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos*" (Lo subrayado es del suscrito).

Si un funcionario público certifica que los pliegos se recibieron oportunamente de los Presidentes de las mesas de votación y que la demora se debió a falta de transporte y protección de la Policía, es claro que lo pertinente es verificar su afirmación en los formularios E-19A, que reposan en el expediente y no desconocerle valor probatorio a un documento público sobre un hecho posterior al evento electoral mismo, como es la entrega de los pliegos, porque al hacerlo dándole valor probatorio automático al documento E-20 Acta de Introducción de los pliegos electorales al arca triclave en contraposición con otros documentos como es el certificado de E-19A y la certificación del Registrador que testifica el recibo oportuno de los pliegos, está desconociendo la parte final de la causal 7ª de reclamación del artículo 42 arriba transcrito. Esta causal de reclamación, que también lo es de nulidad, en armonía con el artículo 40 *ibidem,* no puede operar en forma automática, por que ella admite justificación de la demora en la entrega de los pliegos electorales, como son la violencia, la fuerza mayor, el caso fortuito, y *"el hecho imputable a los funcionarios encargados de recibir los pliegos".* En mi opinión, la solución acogida por la mayoría de la Sala va en contravía de uno de los principios fundamentales del artículo 1º de la Ley 96 de 1986, que es el tercero y titulado "principio de la eficacia del voto".

Porque una votación que es válida en sí misma, puesto que no se le ataca por ninguna otra causal de las 18 de la ley electoral; que por lo mismo, no está afectada de ningún vicio que la invalide, no es lógico que se castigue a los electores excluyendo sus votos del escrutinio, sólo porque un funcionario público, poco responsable de sus deberes, no cumplió con la obligación de entregar oportunamente a los responsables del arca triclave, los respectivos pliegos que recibió en tiempo. Estaríamos en presencia de una falla del servicio del Estado, por culpa de un agente suyo por cuya falta no pueden responder los particulares.

La doctrina tradicional del Consejo de Estado frente a una norma que admite distintas interpretaciones en materia electoral, ha sido la de preferir la que le dé validez al voto que sea libre manifestación de la voluntad personal expresada en las urnas.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

PARTIDOS POLITICOS. REPRESENTACION DE LAS MINORIAS.—

1º Antecedentes históricos y constitucionales del artículo 83, inciso final de la Constitución Nacional.

2º Representación de las minorías en la Reforma Constitucional de 1968.

NUEVO LIBERALISMO. Como desprendimiento ideológico de la fracción mayoritaria u oficialista del conglomerado liberal.

3º CONGRESO DE LA REPUBLICA. VICEPRESIDENCIA. El artículo 18 de la Ley 17 de 1970, dispuso que "al elegir la Comisión de la Mesa, una de las Vicepresidencias corresponderá al partido político DE MINORIA MAS NUMEROSA en cada Cámara" (inciso 4º).

El inciso final del artículo 21 prevé: "LAS MINORIAS TENDRAN PARTICIPACION, (sic) EN LAS MESAS DIRECTIVAS".

4º CONGRESO DE LA REPUBLICA. MESAS DIRECTIVAS. MINORIAS. Es pues, este principio constitucional una negación de la fórmula Romana VAE VICTI, y en consecuencia con el principio de la soberanía nacional, una negación también, de la concepción ROUSSEAUNIANA de las mayorías, en la cual, en el pensamiento del ginebrino, la minoría debería inclinar impotente la cerviz. MINORIAS. INTEGRACION.

La minoría no es, pues, el Partido Liberal o el Partido Conservador, ya que la Carta les da el tratamiento que la realidad socio-política impone, la de PARTIDOS MAYORITARIOS y ellos no son el uno junto al otro, las agrupaciones o partidos a que se refiere la norma del inciso final del artículo 83 de la Constitución Nacional.

ACUMULACION DE PRETENSIONES ELECTORALES. Unificación en una sola demanda. Conexidad de la causal.

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., veinticuatro de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número E-063. Actor: Luis Carlos Galán Sarmiento. Electoral. Nulidad de la elección de segunda Vicepresidencia del Senado y Cámara de Representantes. Fallo.

El Nuevo Liberalismo, representado por su Director Nacional, el doctor Luis Carlos Galán Sarmiento, ha demandado mediante procu-

rador judicial, las elecciones de segundo Vicepresidente del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, ocurridas en la sesión del 20 de julio de 1986 en aquellas Corporaciones políticas.

Se ha surtido el proceso y, previa actuación incidental para integrar debidamente el contradictorio, y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a desatar la litis planteada.

La acción instaurada y su objeto:

Lo es la electoral (fl. 17) y con ella se pretende que esta jurisdicción declare que es núla la elección de dignatarios o Mesa Directiva del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, hecha el 20 de julio de 1986, "en cuanto para la elección de las segundas vicepresidencias no se le dio participación a la organización minoritaria denominada 'Nuevo Liberalismo' " (peticiones del abogado de la parte actora, visibles al folio 2).

Los hechos de la demanda:

Los enuncia así el demandante:

a) La parte demandante, como es de público conocimiento, se constituyó desde hace varios años en organización política denominada "Nuevo Liberalismo", la cual ha participado en diferentes comicios populares, presentando listas propias de candidatos a las corporaciones públicas de elección popular; que esa organización adoptó sus estatutos, los cuales fueron aprobados y por tanto se le reconoció "Personería jurídica" (sic) por el Consejo Nacional Electoral;

b) El "Nuevo Liberalismo" es "una organización política de carácter democráticos inspirada en los principios e ideales del liberalismo colombiano y constituida en forma autónoma e independiente";

c) Para los comicios correspondientes a marzo de 1986 esa organización se presentó al debate eleccionario con listas propias, y en él obtuvo un resultado a su favor de 450.000 sufragios en el conjunto del país, por lo cual trece (13) de sus candidatos resultaron electos congresistas, distribuidos en 6 para el Senado y 7 para la Cámara de Representantes.

A su vez, el llamado "Liberalismo Oficialista" eligió 164 de sus candidatos como congresistas distribuidos en 61 Senadores y 103 Representantes.

De igual manera, el Partido Conservador obtuvo la elección de 127 de sus candidatos como congresistas repartidos en 44 Senadores y 83 Representantes.

En fin, la llamada Unión Patriótica logró que 9 de sus candidatos fueran elegidos congresistas, correspondiendo 3 al Senado y 6 a la Cámara de Representantes;

d) El día 20 de julio de 1986 se instalaron las sesiones del Congreso de la República con los miembros elegidos el 9 de marzo precedente y en esas sesiones se eligieron dignatarios de las mesas directivas de esas Corporaciones, integradas, de acuerdo con lo previsto en la

ley, por un Presidente, un primer Vicepresidente y un segundo Vicepresidente, cargos estos asignados a miembros del Partido Liberal Oficialista doctores Jorge Cristo Sahium y Heraclio Fernández Sandoval.

En tal elección de comisión de la Mesa Directiva no se dio participación a la organización "Nuevo Liberalismo", a "pesar de ser —reza el libelo de demanda— una organización política con categoría de partido político, minoritario frente al Liberalismo Oficialista y al Conservatismo, representación a la cual tiene derecho conforme a la Constitución Nacional".

Las normas violadas y el concepto de violación:

a) Normas violadas.

El señor procurador del actor sostiene que los hechos mencionados implican violación de los artículos 83 de la Constitución Política Nacional y 7º de la Ley 58 de 1985.

b) Concepto de la violación.

1. Concepto de violación del artículo 83 de la Constitución Nacional.

La infracción o transgresión del primer título de derecho positivo lo hace consistir en la consideración de que, habiendo obtenido el Liberalismo Oficialista y el Partido Conservador el primero y segundo lugares, en su orden, en cuanto al volumen o número de Senadores y Representantes elegidos en el mes de marzo de 1986, según las cifras consignadas en el capítulo de hechos de la demanda, el Nuevo Liberalismo ocupó el tercer lugar, por lo que, a juicio del libelista, dada la calidad de partido político autónomo, o, "así como simple organización política autónoma minoritaria", al Nuevo Liberalismo le correspondía o pertenecía el derecho a ocupar con dos miembros de sus filas el cargo de Segundo Vicepresidente de aquellas Cámaras.

Entiende el demandante que el sentido del artículo 83 que se ha citado, se refiere a las "minorías políticas en general, y el espíritu de tal disposición, de contenido democrático, persigue la participación de todo grupo, partido u organización institucionalizada en la composición de dichas mesas directivas".

2. Concepto de la violación del artículo 7º de la Ley 58 de 1985.

La lesión del artículo 7º de la Ley 58 de 1985 la halla el demandante en que al habérsele otorgado y reconocido personalidad jurídica al Nuevo Liberalismo, lo que sólo podía ocurrir si como sector o movimiento de los partidos, deja la constancia expresa de haberse constituido como organización o agrupación surgida de ellos, tenía derecho a que en tal condición se le diera representación en las mesas directivas congresionales por ser distinto de los partidos, y específicamente, del Liberal tradicional u Oficialista, lo que en su sentir, se evidencia, además, con la denominación, símbolos o emblemas que distinguen al Nuevo Liberalismo y en el hecho de haber inscrito el nombre de sus directivos ante el Consejo Nacional Electoral, todo lo cual demuestra su diferencia con el Partido Liberal Colombiano, "aunque se inspira

—el Nuevo Liberalismo, precisa la Sala—, en los ideales liberales de democracia, igualdad, libertad y responsabilidad, como rezan sus estatutos en preámbulo" (fl. 4).

En el escrito de demanda la parte actora solicitó se decretara la suspensión provisional de la medida acusada, la cual, en el auto que admitió la demanda, fue denegada.

Al proceso se anexaron los ejemplares, publicados en los Anales del Congreso, de las Actas correspondientes a la elección de los miembros de las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes.

Objeto de la demanda:

Al proceso se adjuntó también certificación del señor Registrador del Estado Civil, según la cual el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución número 6 del 28 de enero de 1986 reconoció personería jurídica al Nuevo Liberalismo y ordenó su registro (fl. 13).

Previamente a la admisión de la demanda el actor introdujo un escrito aclarativo de sus argumentos en el sentido de que la afirmación hecha en el libelo sobre que el Nuevo Liberalismo es un partido político debía interpretarse en su noción genérica, pues sociológicamente por partido político, considera el actor, se entiende una agrupación temporal o permanente de ciudadanos unidos por intereses comunes que de acuerdo con un programa de principios y bajo la orientación de un director o líder pretenden el gobierno del Estado, o ejercer influencias en las orientaciones del mismo.

Igualmente se adjuntó al proceso copia de la Resolución 6 de 1986 ya mencionada y el boletín número 15 de la Registraduría Nacional del Estado Civil en que se certifica el resultado electoral para el Senado de la República y la Cámara de Representantes en los escrutinios generales correspondientes a 1986.

Por auto de 24 de septiembre de 1986 se admitió la demanda, junto con la aclaración presentada oportunamente.

En la oportunidad legal se produjo la notificación al señor Agente del Ministerio Público, al señor Ministro de Gobierno, representante para estos efectos de la Nación, y se hizo presente en el proceso el doctor Heraclio Fernández Sandoval en su condición de Segundo Vicepresidente de la Cámara de Representantes.

Por lo demás, mediante edicto, visible al folio 42 por la Secretaría General del Consejo de Estado se notificó a todos los interesados el auto de admisión de la demanda. Y se manifestó en él que la acción tendía a obtener la nulidad ya comentada.

El señor apoderado del doctor Heraclio Fernández Sandoval formuló escrito tendiente a oponerse a las pretensiones de la demanda y en él señaló los motivos de su oposición.

El argumento central consiste en que el Nuevo Liberalismo no es un partido sino una fracción del movimiento central del Partido Liberal, por lo cual no puede pretender ser una minoría con derecho a ocupar posiciones en la Mesa Directiva de la Cámara o del Senado.

La expresión "minorías" utilizada por el artículo 83 de la Constitución se refiere a los partidos minoritarios y no a las vertientes disidentes o fraccionarias de los partidos.

Que no siendo el Nuevo Liberalismo un partido sino un movimiento del Partido Liberal Colombiano, como se desprende de sus propios estatutos y el reconocimiento de personería jurídica se le hizo en ese carácter, no obstante que pretende tener independencia y autonomía organizativa frente al partido matriz, es de concluirse que dicha agrupación política no es titular del derecho que pretende conculcado por los actos de elección de las Mesas Directivas del Senado y la Cámara de Representantes por cuanto el concepto de minorías no puede ser utilizado por él en su provecho.

Argumenta que el reconocimiento de personería jurídica de movimientos o tendencias dentro de los partidos no es constitutivo de partidos políticos de conformidad con la Ley 58 de 1985.

Invoca en apoyo de sus tesis la circunstancia de que la Sala Plena del Consejo de Estado al integrar el Consejo Nacional Electoral no dio representación al Nuevo Liberalismo sino a un partido distinto que le sigue en votación a los votos mayoritarios integrados por la Unión Patriótica.

Finalmente concluye:

La elección de las Mesas Directivas del Senado y de la Cámara de Representantes se hizo mediante seis actos administrativos separados unos de otros:

Suponiendo que el Nuevo Liberalismo tuviera derecho a participar en las Mesas Directivas de las Cámaras, como tercera fuerza minoritaria, estaría representada en las dos Vicepresidencias únicamente, cuya elección se hizo en dos actos administrativos distintos a aquellos mediante los cuales se escogieron los presidentes y los primeros vicepresidentes, y que deben impugnarse esos dos actos y no los cuatro primeros.

El reconocimiento de personería jurídica a una agrupación no la erige en partido político.

El concepto de minorías a que alude el artículo 83 de la Carta Fundamental se refiere a los partidos, como organizaciones políticas ideológicamente identificadas.

Siendo el Nuevo Liberalismo un grupo disidente del Partido Liberal Colombiano, no es un partido minoritario como lo entiende el artículo 83 de la Constitución.

Durante el período de pruebas se decretaron las que habían sido pedidas en tiempo y allegadas al expediente, y se ordenaron otras solicitadas por la parte actora.

Evacuadas las pruebas se dio traslado a las partes por cinco días, por auto de 7 de noviembre de 1986 (fl. 82).

Durante ese término el demandante formuló sus nuevas alegaciones de conclusión, que constituyen en resumen una reiteración de

los argumentos ya dados en la demanda, y repite que se violó con la forma en que se produjo la designación de Mesa Directiva del Congreso de la República los artículos 83 de la Constitución y 7º de la Ley 58 de 1985.

Sostiene, además, que con el mismo argumento con que se respetó el derecho del Partido Conservador, en su condición de minoría, adjudicándole la primera Vicepresidencia, debe ser respetado el derecho del Nuevo Liberalismo como movimiento minoritario que le sigue descendentemente después del Partido Conservador.

Contra ataca la opinión del impugnador, representante del doctor Heraclio Fernández Sandoval, manifestando que la expresión minoría no se refiere a los partidos, puesto que no distingue entre estos y los movimientos, o sea, que para el artículo 83 son igualmente minorías tanto los partidos como los movimientos.

Con ocasión del traslado dado al señor Fiscal por el término legal, éste manifestó que observaba que no se había notificado la demanda a las personas que podían resultar perjudicadas con la decisión judicial, por lo cual se ordenó, a fin de integrar legalmente el contradictorio notificar personalmente a los señores Segundo Vicepresidentes de Senado y Cámara de Representantes, doctores Jorge Cristo Sahium y Heraclio Fernández Sandoval.

Agotada la instancia, cumplida la integración del contradictorio y sin observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, el señor Agente del Ministerio Público emitió concepto favorable a las pretensiones de la demanda, considerando, para llegar a esa conclusión, que el artículo 7º de la Ley 58 de 1985 es desarrollo y guarda consonancia con el artículo 83, inciso final de la Constitución, como quiera que otorga personería jurídica para efectos de su reconocimiento a los motivos políticos autónomos, y además está demostrado de las pruebas que sólo se dio participación al Partido Conservador, en volumen siguiente al mayoritario que fuera el Partido Liberal, conocido en el argot político como Partido Liberal Oficialista, precisamente para distinguirlo del Nuevo Liberalismo, y que la tercera representación debería corresponder a las minorías en orden descendente, la que debe recaer en el Nuevo Liberalismo y no como ocurrió, en el Partido Liberal Oficialista.

Para resolver se considera:

Los antecedentes históricos y constitucionales del artículo 83, inciso final, de la Constitución Política.

La representación de las minorías en la Reforma Constitucional de 1968.

El primer proyecto de Reforma Constitucional de 1968 presentado por el Gobierno a la consideración del Congreso sufrió notables debates que culminaron con la adopción de un texto que hizo parte del proyecto unificado adoptado en el mes de septiembre de 1968.

En el proyecto citado se contempló un artículo que preveía:

"Artículo 18. El artículo 83 de la Constitución Nacional quedará así:

"En el Congreso pleno, en las Cámaras y en las Comisiones permanentes de estas, las decisiones se tomarán por la mitad más uno de los votos, a no ser que la Constitución exija expresamente una mayoría especial.

"Las leyes que modifiquen el régimen de elecciones deberán ser aprobadas por los dos tercios de los votos.

"Las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las corporaciones administrativas.

"Parágrafo transitorio. La derogación o reforma de las normas constitucionales relativas a la alteración de los partidos Liberal y Conservador en la Presidencia de la República y a la paridad en el Senado y Cámara de Representantes, requerirán hasta el siete de agosto de 1974 el voto favorable, por lo menos de los dos tercios de los votos en una y otra Cámara. Igual votación se exigirá hasta el 7 de agosto de 1978 para la derogación o reforma de la paridad de los mismos partidos en la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado".

La ponencia sobre el anterior proyecto fue presentada el día 28 de septiembre de 1968 y le correspondió en el Senado al doctor Raúl Vásquez Vélez (vid: Historia de la Reforma Constitucional de 1968. Publicación de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, Imprenta Nacional, Bogotá, D. E. 1969, págs. 4, 11 y ss. 445 y 469 y ss.).

Como se observa, en el texto arriba transcrito no aparece el actual inciso final del artículo 83 de la Constitución Política sobre el cual se levanta el cargo formulado contra el acto o actos acusados.

El 29 de noviembre de 1968 se debatieron en el Senado de la República (Acta de la Comisión Primera) las cuestiones relacionadas con la representación política departamental y los asuntos contemplados en el artículo 18 del proyecto unificado.

Al final de la discusión sobre estos temas, consignado en el Acta número 66 de la Comisión, la Alianza Nacional Popular, presentó la proposición número 182, como inciso del artículo 18 del Proyecto, el siguiente texto:

"*Proposición número 182.*

"Para inciso del artículo 18 del Proyecto.

"Con excepción de las Mesas Directivas, las elecciones de funcionarios que hagan las corporaciones de elección popular, hasta el 19 de julio de 1974, necesitarán las dos terceras partes de los votos de los asistentes.

"Las minorías tendrán participación en las Mesas Directivas de las Corporaciones públicas de elección popular (Fdo. Samuel Moreno Díaz).

"Abierta y cerrada su consideración fue aprobada mediante votación nominal por 12 votos afirmativos contra 6 negativos.

"Votaron afirmativamente los honorables Senadores: Bula Hoyos Germán, Charris de la Hoz Saúl, Espinosa Valderrama Augusto, Guz-

mán Larrea Emiliano, Martínez de Jaramillo Hilda, Moreno Díaz Samuel, Nieto Rojas José María, Pardo Parra Enrique, Ramírez Francisco Eladio, Turbay Juan José, Vargas Ardila Ernesto, Vásquez Vélez Raúl".

La adopción de la modificación propuesta explica varios aspectos del tema.

1. El parágrafo transitorio de la propuesta no fue considerado.

2. El inciso final se adoptó como norma permanente.

3. Este inciso final buscaba amparar el derecho de las minorías enfrentadas a las mayorías propias de los partidos tradicionales colombianos, el Conservador y el Liberal.

Esto último se infiere del alcance de las intervenciones del Jefe de la Alianza Nacional Popular en el Senado, pues en ellas se dejó una constancia histórica.

"Constancia:

"Primero. Declaramos que somos un movimiento bipartidista, con masas liberales y conservadoras y por lo tanto no podemos hacer sectarismo que engendra violencia, alrededor de ninguna fórmula sobre composición del Congreso, que favorezca a ninguno de los dos partidos tradicionales pues esto sería desfigurar la esencia de nuestra plataforma ideológica.

"Segundo. Anunciamos nuestro voto afirmativo a los artículos... de la Reforma Constitucional que se discute porque nuestra tesis ha sido expuesta por el Jefe del Movimiento, General Gustavo Rojas Pinilla, en el sentido de que es necesario reducir apreciablemente el número de Congresistas, pero como esto no se ha podido lograr, la fórmula la que ha presentado el Presidente Lleras, por lo menos da un paso en este sentido y contempla una pequeña reducción del número de los parlamentarios a fin de que el Congreso pueda funcionar normalmente.

"Tercero. Somos claros al manifestar que nuestra posición independiente en estos momentos, no tiene ninguna relación con la avidez burocrática que anima a otros grupos políticos y que solamente nos limitamos a solicitarle al gobierno las garantías constitucionales a que tenemos derecho, en el desarrollo de la campaña electoral que ya iniciamos en todo el país y que culminará con la elección de Presidente de la República en 1970 (Fdo. Samuel Moreno Díaz, José María Nieto Rojas, Ernesto Vargas Ardila)".

De otra parte, la evolución del comportamiento de las agrupaciones partidistas en el país, desde cuando se adoptó el sistema democrático, ha permitido establecer la vigencia de dos grandes corrientes, la liberal y la conservadora. Y en el curso de este siglo la intermitente y constante aparición de volúmenes importantes de la opinión política nacional que separadas de las corrientes tradicionales han tratado, aunque raras veces lo han logrado, producir una honda influencia en el ejercicio del poder político. Así ocurrió con la aparición del Movimiento Revolucionario Liberal, que logró capitalizar en ocasiones más de medio millón de votos opuestos al sistema del Frente Nacional;

también con el movimiento de la Alianza Nacional Popular, de participación bipartidista, circunstancia estimativa que al desaparecer dio origen al tercer partido y que tuvo, en concepto de los entendidos serias repercusiones para su permanencia, y, en fin, ahora con la aparición del Nuevo Liberalismo, como desprendimiento ideológico de la fracción mayoritaria u oficialista del conglomerado liberal.

Esos grupos constituían la minoría que el inciso final de la Constitución ha querido proteger y que tiene sus primeros antecedentes en la célebre ley de minorías que se concibió para dar una salida al partido minoritario en la lejana época de comienzos del siglo, y con el propósito de canalizar las luchas enconadas de los grupos colombianos por la conquista del poder político, a cuyo efecto el artículo 4º del A. L. número 8 de 1905 dispuso que, "en toda elección popular que tenga por objeto constituir corporaciones públicas y en el nombramiento de Senadores, se reconoce el derecho de representación de las minorías, y la ley determinará la manera y términos de llevarlos a efectos".

En igual línea filosófica se inspiró el texto del artículo 7º del A. L. número 9 de 1905, que previó la representación de las minorías para la integración de la Asamblea Nacional encargada de introducir reformas a la Carta.

El sistema anterior fue modificado por el Congreso pleno en el A. L. número 1 de 1936, cuyo artículo 173 prevé el sistema del voto incompleto, o de cuociente electoral, o del voto acumulativo, pero de todos modos y en tal forma que se asegurara la representación proporcional de los partidos.

En relación con el desarrollo legal del actual artículo 83 de la Constitución Nacional, el 18 de la Ley 17 de 1970 dispuso que: "Al elegir la Comisión de la Mesa, una de las Vicepresidencias corresponderá al partido político de minoría más numeroso en cada Cámara" (inciso 4º). Y el inciso final del artículo 21 prevé: "Las minorías tendrán participación, (sic) en las mesas directivas".

Los antecedentes históricos políticos le permiten asegurar a la Sala que en el caso de las Mesas Directivas del Congreso las minorías deben entenderse dentro del contexto político que dio nacimiento al inciso final del artículo 83 de la actual codificación, a los partidos, grupos o movimientos relativamente inferiores frente a los dos partidos tradicionales, que han venido constituyendo hasta ahora las mayorías políticas del país, y a los cuales les veda la Carta desconocer el hecho político de otras tendencias, menos importantes numéricamente, pero con volumen suficiente para acceder a los cargos que la Constitución les reservó en abstracto.

Es, pues, ese principio constitucional una negación de la fórmula Romana *vae victi*, y en consecuencia con el principio de la soberanía nacional, una negación también, de la concepción rousseauniana de las mayorías, en la cual, en el pensamiento del ginebrino, la minoría debería inclinar impotente la cerviz.

La minoría, según sus antecedentes, puede estar integrada por grupos de un solo partido tradicional, o de ambos, o, eventualmente,

por una tercera corriente de opinión distinta de aquellos. Todo ello, en consideración al volumen de votación computada en las urnas, pueden ser beneficiarios, por ser sus destinatarios finales, del precepto del inciso último del artículo 83 de la Constitución.

La minoría no es, pues, el Partido Liberal o el Partido Conservador, ya que la Carta les da el tratamiento que la realidad socio-política impone, la de partidos mayoritarios y ellos no son el uno junto al otro, las agrupaciones o partidos a que se refiere la norma del inciso final del artículo 83 de la Constitución Nacional.

Los criterios constitucionales y los antecedentes expuesto indican que si el Partido Liberal oficialista eligió en los comicios de 1986, 58 Senadores y 98 Representantes, el Partido Conservador 43 Senadores y 80 Representantes, el Nuevo Liberalismo 6 Senadores y 7 Representantes, y la Unión Patriótica 3 Senadores y 6 Representantes, la tercera fuerza política de la Nación y la minoría más representativa es el Nuevo Liberalismo.

Por consiguiente, la elección de dignatarios de las Cámaras debió incluir, al lado de los representantes de los dos grandes partidos a los cuales se les dio representación, a un representante del grupo minoritario más numeroso, que en el caso de autos resulta ser el Nuevo Liberalismo.

Al haberle desconocido a esa agrupación con la elección, el cupo a que la Constitución le da derecho, es clara la infracción que la elección implica del artículo 83 de la Carta, quebranto que esta jurisdicción deberá sancionar con la anulación del acto acusado sólo en cuanto a la elección de los congresistas para ocupar las segundas Vicepresidencias del Senado y la Cámara de Representantes.

Escolio final:

El actor acumuló en su demanda dos pretensiones referidas a la anulación de los actos de elección de segundo Vicepresidente del Senado y segundo Vicepresidente de la Cámara.

La Sala considera útil precisar que aunque se trata de actos diferentes, de corporaciones diferentes, la unificación en una sola demanda de las acciones era factible, dada la conexidad de la causal indicada para ambos casos, que consiste en la violación del artículo 83, inciso final de la Carta.

Por lo demás, el Consejo de Estado en Sala Electoral, es competente para conocer de esta clase de acciones, las pretensiones no se excluyen entre sí, y el procedimiento es el mismo.

No hay, pues, lugar, satisfechos como se hallan los requisitos de forma de la demanda a fallo inhibitorio.

Habiéndose de decidir de mérito, el Consejo de Estado en Sala Electoral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Declárase nula la elección del segundo Vicepresidente del Senado y del segundo Vicepresidente de la Cámara de Representantes, recaída

en las personas de los doctores Jorge Cristo Sahium y Heraclio Fernández Sandoval, las cuales tuvieron lugar el día veinte (20) de julio de 1986, en sesión de la instalación del Congreso de la República.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana, Duque, Carmelo Martínez Conn*, Ausente; *Gaspar Caballero Sierra*, Ausente; *José Joaquín Camacho Pardo, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello, Jorge Valencia Arango.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

INDICE GENERAL

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO PRIMERO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Págs.

1. (Ministerio de Educación Nacional). Periodistas. Ejercicio de la profesión. Concepto de noviembre 12 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 073. 9

2. (Ministerio de Educación Nacional). Consulta sobre el reintegro de docentes al servicio, en virtud de una sentencia dictada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Emolumentos dejados de devengar en virtud de la insubsistencia ilegalmente declarada. Y emolumentos recibidos por el cargo desempeñado durante el tiempo que duró la insubsistencia. Concepto de noviembre 27 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Ponente: Doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación 082. 13

3. (Ministerio de Educación Nacional). Consulta sobre la Educación Superior. Concepto de diciembre 9 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 081. 17

4. (Ministerio de Minas y de Energía). Consulta sobre las plantas generadoras de energía. Concepto de diciembre 15 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 086. 23

5. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre los concejales. Ellos no pueden ser nombrados como alcaldes. Concepto de diciembre 19 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 087. 28

6. (Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social). Consulta sobre la remuneración de los notarios. Concepto de diciembre 19 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 084. 32

7. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre las elecciones dobles realizadas por los Concejos Municipales. Concepto de febrero 3 de 1987.

Págs.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación 085. 37

8. (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República). Consulta sobre las prestaciones sociales de los senadores y representantes. Concepto de febrero 9 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente; Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación 093. 41

9. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). Consulta sobre qué se define por establecimiento público y empresa industrial y comercial del Estado. Concepto de noviembre 21 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación 080. 45

10. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). Consulta sobre los empleados del Instituto de los Seguros Sociales, prestaciones. Pensión de jubilación: Compatibilidad con la de vejez en funcionarios de la Seguridad Social. Concepto de noviembre 21 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación 072. 49

11. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). Consulta sobre las prestaciones sociales y la afiliación al seguro social obligatorio de los funcionarios de la Seguridad Social. Concepto de noviembre 21 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 069. 56

12. (Ministerio de Minas y de Energía). Consulta sobre las garantías de la Nación a los Departamentos y Municipios y sus entidades descentralizadas. Concepto de febrero 13 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 092. 63

13. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre loterías. Concepto de marzo 2 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 094. 66

14. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre inhabilidades e incompatibilidades en los concejales municipales. Concepto de marzo 11 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación 095. Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 71

15. (Ministerio de Comunicaciones). Consulta sobre el impuesto para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica. Concepto de marzo 18 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 100. 78

16. (Ministerio de Comunicaciones). Consulta sobre el gravamen establecido por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985 para la industria cinematográfica para su fomento y desarrollo. Concepto de marzo 19

Págs.

de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación 099. 86

17. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre la elección popular de alcaldes. Aspiración de los concejales para ser elegidos. Concepto de marzo 25 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación 107. Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 93

18. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre la adición, cancelación, publicación, nulidad absoluta, reajustes de precios y los requisitos de refrendación y registro en los contratos administrativos celebrados por el Distrito Especial de Bogotá. Concepto de marzo 26 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación 097. 100

19. (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República). Consulta sobre el Fondo Nacional del Ahorro. Concepto de marzo 30 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 098. Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 105

20. (Bogotá, Distrito Especial, tres de abril de 1987). Fallo: Administración Municipal. Revisores y auditores. Consejero ponente: Doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Referencia: Consulta sobre elección de revisores y auditores municipales. Radicación número 103. 114

21. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre la publicidad de las actuaciones administrativas. Copias y certificaciones. Reserva de documentos. Investigaciones de carácter administrativo y disciplinario. Concepto de abril 7 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 102. 119

22. (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República). Consulta sobre las peticiones de extradición. Concepto de marzo 31 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación 105. 125

23. (Ministerio de Desarrollo Económico). Consulta sobre el Instituto de Fomento Industrial "IFI". Concepto de mayo 21 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 112. 131

24. (Departamento Nacional de Planeación). Consulta sobre la concesión de permisos para explotar los lechos de los ríos y la administración de las aguas de uso público. Concepto de mayo 12 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 106. 136

CAPITULO SEGUNDO

REVISION DE CONTRATOS

Págs.

1. (Fondo Vial Nacional - Luis Fernando Jaramillo Correa y la firma APA Limitada). Concepto del Consejo de Estado que lo declara ajustado a la ley. Concepto de mayo 12 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 075. 143

2. (ADPOSTAL - AVIANCA). Contrato administrativo de asociación para la prestación del servicio de correo aéreo. Concepto del Consejo de Estado que lo declara ajustado a la ley. Concepto de mayo 21 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón. Radicación 077. Salvamento de voto del doctor Humberto Mora Osejo. 146

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO PRIMERO

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. (Decreto reglamentario). Institución financiera nacionalizada. Juntas Directivas. Miembros. Declárase la nulidad del artículo 2 del Decreto 400 de 6 de febrero de 1986 en una parte. (Sentencia de marzo 10 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 216. Actor: Leticia Margarita Gómez Paz). 155

2. (Decreto reglamentario). Promulgación de los actos administrativos. Acción de nulidad contra el Decreto 3174 de 1983. (Sentencia de mayo 15 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 09. Actor: Carlos Galindo Pinilla). 160

3. (Decreto reglamentario). Recursos naturales renovables. Explotación o aprovechamiento. Acción de nulidad contra una frase del artículo 1º del Decreto 498 de 1985. Prueba pericial. Finalidad. (Sentencia de junio 13 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 487. Actor: María Teresa Garcés Lloreda). 165

4. (Decreto reglamentario). Farmacia. Acción de nulidad contra algunos artículos del Decreto 713 de 27 de marzo de 1984. (Sentencia de junio 20 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 162. Actor: Rodrigo Palma Vengoechea). 172

Págs.

5. (Decreto ejecutivo). Derechos adquiridos. Permiso y/o licencia. Acción de nulidad contra el Decreto 3688 de diciembre 19 de 1986. (Auto de junio 26 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 571. Actor: Pedro Pablo Camargo). 183

CAPITULO SEGUNDO

SUSPENSION PROVISIONAL DE DECRETOS DEL GOBIERNO

1. (Decreto reglamentario). Inembargabilidad de las pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte. Suspéndese provisionalmente el artículo 5º del Decreto 221 de 1986. (Auto de enero 30 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 382. Actor: Agustín Castillo Zárate). 191

2. (Decreto presidencial). Régimen Departamental. Decreto 1222 de 1986. Facultad correctiva. Artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal. Ley, interpretación, reforma y derogación. Suspéndese provisionalmente el Decreto 1736 de 1986. (Auto de febrero 24 de 1987. Sección Primera. Ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 431. Actor: Alberto Montoya Montoya). 196

3. (Decreto reglamentario). Impuesto de renta y complementarios. Liquidación de revisión. Suspéndese provisionalmente el Decreto 3834 de 1985. (Auto de febrero 17 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente 1266. Actor: Silvio Pulido Pinto). 202

4. (Decreto reglamentario). Impuesto sobre la renta y complementarios. Patrimonio neto es igual al activo menos el pasivo? Sociedades. Patrimonio líquido. Base para el cálculo de la renta presuntiva. Suspensión provisional de las siguientes disposiciones del Decreto 353 de 1984: Artículo 2, ordinal 2; artículo 2, ordinal 4; artículo 3, numeral 1; artículo 4, el ordinal 1; artículo 4, ordinal 2; artículo 4, ordinal 3; artículo 6. (Auto de febrero 23 de 1987. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez. Expediente 1301. Actor: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y Alvaro Hernando Gama Beltrán contra Gobierno Nacional). 206

5. (Decreto reglamentario). Procuraduría General de la Nación. Superior jerárquico de sus empleados y funcionarios. Procesos disciplinarios. Suspéndese provisionalmente los efectos del giro "y el Presidente de la República" usado en el inciso primero, *in fine*, del artículo 35 del Decreto 3404 de 1983. (Auto de marzo 3 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 494. Actor: Fabio Valencia Cossio). 216

6. (Decreto reglamentario). Procurador General de la Nación. Superior jerárquico. Suspéndese provisionalmente los efectos del artículo 1º del Decreto 3293 de octubre 20 de 1986. (Auto de marzo 20 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 511. Actor: Fabio Valencia Cossio). 218

Págs.

7. (Decreto ejecutivo). Delegación de funciones administrativas por parte del Presidente de la República. Limites. Juntas Directivas de entidades descentralizadas. Suspéndese provisionalmente el artículo 1º del Decreto 2816 de 1986. (Auto de marzo 27 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 475. Actor: Jorge Alberto Guerrero L.). 224

8. (Decreto reglamentario). Importación temporal de maquinaria y equipos necesarios para adelantar obras públicas u otras actividades para el desarrollo económico y social del país. Suspéndese provisionalmente la expresión "...para las cosas de permanencia vencida...", contenida en el artículo 3, literal a) del Decreto 2377 de 1986. (Auto de marzo 31 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 530. Actor: Luis Marino Duque Gómez). 227

9. (Decreto reglamentario). Sindicato. Huelga: Declaración y/o Tribunal de Arbitramento. Solicitud de convocatoria. Potestad reglamentaria. Limitaciones. Suspéndese provisionalmente el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 477 de 11 de febrero de 1986. (Auto de marzo 17 de 1987. Sección Segunda. Sala de Decisión. Expediente 1618. Actor: Pedro Charria Angulo y otro). 230

10. (Decreto reglamentario). Empleados públicos. Desvinculación. Suspéndese provisionalmente el inciso segundo del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973. (Auto de abril 10 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente 2499. Actor: José Rafael Bautista). 237

11. (Decreto reglamentario). Instituto Nacional de Radio y Televisión. Director. Nombramiento. Suspéndese provisionalmente el artículo 9 del Decreto 350 de 1987. (Auto de mayo 28 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 595. Actor: Jaime Horta Díaz). 239

12. (Decreto reglamentario). Impuestos. Declaración de renta y patrimonio. Suspéndese provisionalmente algunas expresiones contenidas en el inciso 1 del artículo 4; inciso 1, numerales 1, 2 y 3 del artículo 5; numeral 1 del artículo 6 del Decreto 1023 de 1983. (Auto de junio 26 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana. Expediente 0287. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago). 244

CAPITULO TERCERO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Empleados Públicos. Deficiente rendimiento. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 01906, artículos 1 y 2, proferida con fecha 24 de marzo de 1981, mediante la cual se declararon insubsistentes los nombra-

Págs.

mientos de los actores; la nulidad de la Resolución 304, artículo 18 proferida con fecha de mayo 14 de 1981 mediante la cual se aclaró la anterior. (Sentencia de enero 19 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 783. (10665). Actores: Fidelina Castellanos Hernández y otro). 253

2. (Ministerio de Gobierno - Secretario General y Director General de Derechos de Autor). Derechos de autor. Jurisdicción competente. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 001317 de 24 de mayo de 1985, la Resolución 001470 de junio 6 de 1985. (Auto de febrero 6 de 1987. Sección Primera. Ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 14. Actor: Editorial Mercurio S. A.). 262

3. (Ministerio de Defensa Nacional). Poder para litigar. Analogía en reclamaciones administrativas. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 3465 del 23 de noviembre de 1981, en cuanto se abstiene de reconocerle personería en cuanto a los reconocimientos prestaciones de que tratan los artículos 2, 3, 4 y 5 del mismo acto al apoderado del actor. (Sentencia de febrero 12 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 1147 (6602). Actor: José A. Pedraza Picón (Guillermo Fussi Fioravanti). 265

4. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Empleados de carrera administrativa. Intervención en política. Prohibición constitucional. Suspensión en el ejercicio del cargo. Intervención en política y actividades partidarias. Prohibiciones. Sánciones disciplinarias: Sanción después de suspensión. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 2630 del 26 de junio de 1986, por medio de la cual se destituyó al señor Edgar Alvarado Arias. (Sentencia de febrero 12 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 584. 12228. Actor: Edgar Alvarado Arias). 274

5. (Ministerio de Comunicaciones). Medios de comunicación. Transmisiones radiales. Vigilancia e inspección de los servicios de radiodifusión. Acción de nulidad contra el acto administrativo contenido en la carta del 15 de julio de 1983, en cuanto niega que tenga competencia para impedir transmisiones que atentan contra la constitución y los bienes de los ciudadanos. (Sentencia de febrero 27 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 83. Actor: Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A.). 285

6. (Ministerio de Educación Nacional - Junta Seccional de Escalafón Docente de Antioquia). Docentes. Demanda. Reclasificación en el escalafón docente. Cuantía. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 026 de 4 de febrero de 1983, por la cual fue ascendida la actora en el escalafón docente. (Auto de marzo 18 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente 68. Actora: Bertha Tulia Castaño Cardona. Salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker). 292

7. (Ministerio de Hacienda y de Crédito Público - Dirección General de Crédito Público). Acto de nombramiento. Error en la denominación,

Págs.

clasificación o ubicación del cargo o empleos inexistentes. Insubsistencia. Error en la denominación exacto del empleo. Acción de restablecimiento del derecho contra el acto que desvinculó del servicio, pero del cargo universitario 3020-06 de la sección de tramitación de la división de crédito público externo, cuando se le ha debido desvincular como profesional universitario 3020-06 de la sección de estudios económicos y financieros, control de vigilancia de la División de Crédito Público. (Sentencia de abril 10 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente 305. Actor: Luis Eduardo Prada Parra). 296

8. (Ministerio de Justicia). Acumulación de pretensiones. Pretensión de nulidad y de restablecimiento del derecho. Detención preventiva. Acto de trámite y acto definitivo. Jurisdicción: Carencia. Acción de restablecimiento del derecho contra el auto de 25 de marzo de 1987, dictado por el Ministro de Justicia en las diligencias de extradición que se adelantan contra el señor Javier Alvarez Alvarez a requerimiento del Gobierno de los Estados Unidos de América, y mediante el cual se denegó la libertad de dicho señor Javier Alvarez Alvarez. (Auto de mayo 29 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez R. Expediente 607. Actor: Javier Alvarez Alvarez). 298

9. (Ministerio de Minas y Energía). Desistimiento de la acción de restablecimiento del derecho. Acción de restablecimiento del derecho contra los artículos 2 y 3 de las Resoluciones números 001199 y 002100 del 5 de agosto de 1982 y de los artículos 1 y 2 de las Resoluciones números 000852 y 000853 del 13 de abril de 1984. (Auto de junio 2 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente 4572 (40). Actor: Compañía Minera Marathón Limitada). 303

10. (Ministerio de Salud - Servicio Seccional de Salud). Servicios Seccionales de Salud. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 3274 de noviembre 2 de 1984. (Sentencia de enero 30 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente 97. Actora: Yeimis Judith Meza Ariza). . . 305

11. (Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Conceptos y circulares. Acciones de nulidad contra unos apartes del concepto 31615 de 11 de diciembre de 1984. (Auto de junio 12 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente 1076. Actor: Jaime González Bendiksen). 310

CAPITULO CUARTO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1. (Ministerio de Minas y Energía). Revocación directa de actos de carácter particular y concreto. Suspensión provisional de la Resolución 1126 de diciembre 20 de 1985. (Auto de enero 22 de 1987. Sección Ter-

Págs.

cera. Consejero ponente: Doctor Antonio J. de Irisarri. Expediente 4975 (204). Actor: Minas Maturín Limitada). 317

2. (Ministerio de Minas y Energía). Revocación directa de actos administrativos. Suspéndese provisionalmente la Resolución 1203 de diciembre 5 de 1985. Acción de restablecimiento del derecho. Caducidad. Acto administrativo. Firmeza. Ejecutoria. (Auto de marzo 12 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente 4978. Actor: Minas Maturín Limitada). 322

3. (Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social). Sindicatos. Personería jurídica y estatuto. Suspéndese provisionalmente la Resolución 04571 de diciembre 31 de 1985. (Auto de abril 8 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente 2372. Actor: Guillermo Rodríguez Sabogal). 329

4. (Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social). Sindicatos. Representación sindical. Suspéndese provisionalmente, los efectos de la Resolución 04247 del 13 de noviembre de 1986 proferida por el Director General del Trabajo. (Auto de junio 19 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 2595. Actor: Sindicato de Trabajadores Noel). 333

CAPITULO QUINTO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

1. (INRAVISION. Fondo de Capacitación Popular). Fondo de Capacitación Popular de INRAVISION. Personería jurídica. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 042 de 18 de marzo de 1981, en cuanto por ella declara insubsistente el nombramiento del actor. Nación. Personería jurídica. Falta de legitimación en la causa pasiva. *Legitimatio ad procesum y legitimatio ad causam.* (Sentencia de enero 21 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 237 (9063). Actor: Armando Chaves Vargas). 339

2. (Caja Nacional de Previsión Social). Tiempo de servicio oficial. Prueba testimonial. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 4789 de 1977 y 0049 de 1979, en virtud de las cuales se negó un auxilio de pensión de jubilación. (Sentencia de enero 21 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 501 - 7175. Actor: Neftalí Ramírez Martínez). 342

3. (Procuraduría General de la Nación - Delegado en lo Civil). Acciones teoría de los motivos y finalidades. Actos jurisdiccionales. Incompetencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 005 de 10 de julio de 1984 mediante la cual se designa por el Procurador Delegado en lo civil de la Procuraduría General de la Nación a la doctora Marina

Págs.

Márquez de Díaz como su delegada y representante de la Nación ante el Juez 9º Civil del Circuito de Bogotá; de la Resolución 0012 de 17 de agosto de 1984 por medio de la cual se nombró por el Procurador Delegado en lo Civil de la antedicha Procuraduría General a la doctora Isadora Vega Cardozo como su delegada o representante de la Nación ante la señora Juez 13 Civil del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de pertenencia promovido contra la Nación por la señora Carmen Angarita de Pérez. (Auto de febrero 2 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente 12. Actor: Leonilde Castellanos vda. de Méndez y Carmen Angarita de Pérez). 348

4. (Electrificadora de Bolívar S. A.). Electrificadora de Bolívar S. A. Naturaleza. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 0534 de 25 de octubre de 1982 sobre la separación de un empleado a su servicio. Empleados de las empresas industriales y comerciales del Estado. (Sentencia de febrero 12 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente 186. Actor: Leonardo Polo Silguero). 353

5. (Universidad Surcolombiana). Personal. Docente. Prima de antigüedad como incremento salarial. Empleados públicos docentes y administrativos. Reajuste de remuneración básica mensual. Acción de restablecimiento del derecho contra el acto administrativo contenido en el oficio de noviembre 17 de 1982, en virtud del cual se negó al actor el reconocimiento y pago de 80 puntos por un año más de permanencia en la universidad. (Sentencia de febrero 25 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 702-10869. Actor: Juan Manuel Perea Espitia). 359

6. (CAR - Director Ejecutivo). Acto acusado. Copia en la demanda. Acción de restablecimiento del derecho contra el acto administrativo contenido en la Resolución 0985 de abril 1 de 1985. (Auto de febrero 6 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Policarpo Castillo Dávila. Expediente 1479. Actor: Félix Roberto Verano). 365

7. (Nación - Contraloría General de la República). Acción de nulidad. Procedencia. La apertura de un juicio fiscal de cuentas no es más que un acto de trámite. Acción de nulidad contra Resolución 1338 de marzo 19 de 1986, mediante la cual ordenó la apertura del juicio fiscal de cuentas al doctor Augusto César Ariza Meola. (Auto de febrero 17 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 477. Actor: Instituto de Crédito Territorial). 367

8. (Empresa Puertos de Colombia - "Colpuertos"). Actos administrativos que expide por excepción, la empresa Puertos de Colombia. Acción de restablecimiento del derecho contra actos de dicha entidad "por errada facturación y cobro indebido de servicios portuarios prestados a naves de propiedad de la Flota Mercante Grancolombiana". (Auto de marzo 6 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Gui-

Págs.

llermo Benavides Melo. Actor: Flota Mercante Grancolombiana y Transportadora Grancolombiana Limitada. Expediente 484). 369

9. (Superintendencia de Industria y Comercio). Sociedades comerciales. Escritura de liquidación. Registro mercantil. Documentos específicos de liquidación. Acción de nulidad contra los literales a) y d), Libro IX, artículo 2º de la Resolución 1353 de 1983. (Sentencia de marzo 12 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente 50. Actor: Rafael Bernal Gutiérrez). 374

10. (Procuraduría General de la Nación). *Reformatio in pejus*. Aplicación al proceso contencioso administrativo, en la vía gubernativa y en actuaciones de índole penal administrativo. Acción de restablecimiento del derecho contra la resolución de la Viceprocuraduría calendada el día 28 de enero de 1983 y mediante la cual se desató el recurso de apelación interpuesto por el actor; del Decreto 077 de febrero 16 de 1983 dictado por el Procurador General de la Nación, mediante la cual se destituyó al actor. (Sentencia de marzo 19 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 565 —9409—. Actor: Gonzalo Castellanos Martínez). 382

11. (INCORA). Competencia del Consejo de Estado en única instancia. Asuntos proferidos por el INCORA. Factor de cuantía y territorio para determinar competencia. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 0027784 de junio 11 de 1986 emanada de la Gerencia, mediante la cual se deniega la solicitud de desafectación del predio rural denominado Charguayaco, ubicado en el Municipio de Tambo (Nariño), y de la Resolución 036 de junio 11 de 1986, emanada de la Junta Directiva, por medio de la cual se aprueba, con el voto favorable del señor Ministro de Agricultura, la resolución primeramente citada. (Auto de marzo 17 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Actor: Alberto María Cabrera Delgado). 388

12. (Superintendencia Bancaria). Derecho de petición. Acción de nulidad contra la circular externa D. B. 002 de enero 4 de 1984. (Sentencia de marzo 16 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Policarpo Castillo Dávila. Expediente 566. Actor: Carlos Alberto Navia Raffo). 391

13. (Superintendencia Bancaria). Desencaje bancario. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 3342, 3343 y 5768 de 1980. (Sentencia de marzo 30 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente 1042. Actor: Banco de Occidente S. A.). 396

14. (Superintendencia Bancaria). Encaje y desencaje. Principio de la favorabilidad de la ley posterior. Sentencias de inexequibilidad. Sentencias de nulidad. Efectos. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 1097 de marzo 4 de 1982, 1630 de abril 5 de 1982 y 4778, 4779 ambas de agosto 30 del mismo año, mediante las

Págs.

cuales se impuso sanciones pecuniarias al actor, y se resuelven los recursos respectivos de reposición interpuestos por el apoderado del actor. (Sentencia de abril 3 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente 0065. Actor: Banco Central Hipotecario). 403

15. (Consejo Nacional de Estupefacientes). Acción de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos contenidos tanto en el Oficio 3302 del 15 de diciembre de 1983, suscrito por el señor Ministro de Justicia en su condición de Presidente de dicha entidad y dirigido al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como el mensaje General 192046 del 19 de diciembre de ese mismo año, expedido por el Director General de Operaciones del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, e igualmente del Acta 2 de marzo 1º de 1984 del Consejo Nacional de Estupefacientes y por medio del cual se mantuvo la decisión contenida en oficio inicialmente citado. (Sentencia de mayo 8 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez R. Expediente 80. Actor: Trabajos Especiales Surcolombianos "Taes Ltda.") (Salvamento de voto del doctor José Joaquín Camacho). 410

16. (Procuraduría General de la Nación). Término de caducidad. Insubsistencia. Acto condición. Empleados de libre nombramiento y remoción. Empleados de carrera administrativa. Acto de separación del servicio. Acción de restablecimiento del derecho contra el Decreto número 156 del 7 de septiembre de 1979 y de la Resolución 671 del 8 de octubre siguiente. (Sentencia de mayo 29 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente 47. Actor: Julio Alejandro Suárez Vega). 428

17. (Superintendencia Bancaria). Libertad de empresa y la iniciativa privada. Intervención del Estado en la economía. Superintendencia Bancaria. Entidades por ella vigiladas. Planes gerenciales o presupuesto del ejercicio siguiente. Acción de nulidad contra la Circular ET 014 de febrero 5 de 1986. (Sentencia de mayo 22 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente 0564. Actor: Asociación Bancaria). 437

18. (Empresa Puertos de Colombia - Colpuertos). Servicio Público: Régimen. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones (Cartas de Navegación) números 289 de 1982, 257 de 1982 y 864 de 1983, proferidas por el Gerente del Terminal Marítimo de Buenaventura, por medio de las cuales se resolvieron desfavorablemente unas reclamaciones presentadas por el agente marítimo de la Flota Mercante Grancolombiana. (Auto de mayo 16 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 145. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S. A. y Transportadora Grancolombiana Limitada). 462

19. (Superintendencia Banacaria). Intermediarios financieros. Normas limitaciones a la aplicabilidad de su disposición. Ley. Expedición en

Págs.

sentido progresivo. Acción de nulidad contra la Circular Externa J 094 de diciembre 16 de 1985. (Sentencia de mayo 15 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente 1078. Actor: Mario Alberto Rubio Caicedo). 466

20. (Instituto de los Seguros Sociales). Carrera Administrativa. Excepción. Inconstitucionalidad. Habilitación. No habilitación del tiempo servido en período de prueba. Acción de restablecimiento del derecho contra el artículo 1º de la Resolución 0001 de fecha de enero 7 de 1981, por medio del cual fue declarado insubsistente el nombramiento del actor, en el cargo de auxiliar de servicios administrativos, clase II, grado 13, dedicación completa, de la Sección Financiera de la Unidad Programática Zonal número 14 de la Seccional Cundinamarca. (Sentencia de junio 25 de 1987. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente 922-8766. Actor: Jorge E. Penagos Cuéllar). 486

21. (Superintendencia Bancaria). Policía administrativa. UPAC. Término de día. Corrección monetaria. Causación. Falsa motivación por error de derecho. Acción de nulidad contra la Circular Externa 029 de 1985. (Sentencia de junio 12 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente 0559. Actor: Carlos Alberto Navia Raffo). 490

22. (Superintendencia Bancaria). Sanciones administrativas. Teoría de la imprevisión o tesis del riesgo imprevisible. Ciudadano: Obligaciones; presunción de legalidad. Fuerza ejecutoria. Fuerza mayor. Ahorro: Colocaciones. Acción de nulidad contra las Resoluciones 2393 de 13 de mayo de 1982 y 3419 del 8 de agosto de 1983, por medio de las cuales se impuso una sanción pecuniaria a la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas por defectos en la inversión supletoria de que trata el artículo 4 del Decreto 893 de 1981, en 31 de diciembre de 1981. (Sentencia de junio 16 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente 1028. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas). 499

CAPITULO SEXTO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. (Instituto Colombiano de Energía Eléctrica). Prestaciones oficiales empleados públicos y trabajadores oficiales. Creación. Suspéndese provisionalmente una frase del artículo 84 del Acuerdo 020 de octubre 3 de 1972 dictado por la Junta Directiva. (Auto de febrero 16 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 2371. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves). 509

2. (Superintendencia de Subsidio Familiar). Consentimiento expreso y escrito en la revocación directa. Suspéndese provisionalmente los efec-

Págs.

tos de la Resolución 0651 del 10 de julio de 1986. (Auto de marzo 10 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 2323. Actor: Julio Luis Jácome de la Peña). 512

3. (Interconexión Eléctrica ISA). Reglas en la suspensión provisional. Contratos administrativos. Licitación pública. Productores de bienes u ofertas de servicios. Principios de la licitación. Pliego de condiciones. Actos separables. Acción de nulidad. Acto que ordena la apertura de la licitación pública. Suspéndese provisionalmente la Resolución 00228 de 24 de octubre de 1984, proferida por el Gerente General. (Auto de abril 6 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 5050. Actor: Cámara Colombiana de la Construcción CAMACOL). 514

4. (Superintendencia de Sociedades). Nacionalización de entidades financieras. Suspéndese provisionalmente la Circular Externa 002 de marzo de 1986. (Auto de junio 5 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor José Joaquín Camacho Pardo. Expediente 394). 542

5. (Junta Central de Contadores). Actividad contable. Ejercicio por firmas u organizaciones con contadores públicos. Suspéndese provisionalmente los efectos de la circular que se dio a publicidad en la edición del diario El Tiempo de Bogotá correspondiente al día del 6 de mayo de 1986, página 9A. (Auto de junio 5 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 613. Actor: José Joaquín Bernal Arévalo). 545

CAPITULO SEPTIMO

ACTOS DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN RELACION CON EL CONGRESO

1. (Presidente de la República). Tratados internacionales. Demanda por vicios formales. Acción de nulidad contra el acto en virtud del cual el señor Presidente de la República, el día 14 de diciembre de 1986, aprobó el Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979, publicado en el Diario Oficial 37733 de 14 de diciembre de 1986. (Auto de abril 9 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor José Joaquín Camacho Pardo. Expediente 532. Actor: Pedro Pablo Camargo). 551

TITULO SEGUNDO

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

1. (Departamento de Córdoba). Poder de policía. Actos de policía administrativos y no administrativos —penales o civiles—. Delitos propiamente dichos y actos contravencionales no constitutivos de delitos.

Págs.

Orden público. Acto jurídico de carácter preventivo o represivo. Delitos relativos al cultivo o conservación de plantas que produzcan dependencia física o síquica. Contravención de carácter penal. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 002807 de 8 de noviembre de 1985, por medio de la cual se ordenó un decomiso y se impusieron unas sanciones. (Sentencia de marzo 10 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente 423. Actor: Bonnie Linn Marra). 557

2. (Gobernador de Boyacá). Actos de la Asamblea y del Gobernador. Acción de nulidad contra algunos actos del Decreto 1390 de 29 de septiembre de 1987. (Sección Primera. Ponente: Doctor José Joaquín Camacho Pardo. Expediente 111. Actor: Omar Franco Martínez. Sentencia de abril 1º de 1987). 565

3. (Gobernador del Huila). Autorizaciones dadas al Gobernador por la Asamblea Departamental. Expedición de normas. Acción de nulidad contra algunos artículos del Decreto 471 y del Decreto 472 de 1984. (Sentencia de abril 6 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 585-12497. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo y Luis Enrique Alvarez). 571

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

1. (Asamblea Departamental del Chocó). Contralor Auxiliar y Secretario General de la Contraloría. Acción de nulidad contra la Ordenanza 01 de octubre 16 de 1984. (Sentencia de mayo 30 de 1987. Sección Primera. Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente S-010. Actor: Alfonso Areiza Lozano). 581

CAPITULO TERCERO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. (Director Jefe de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca). Avalúo catastral. Formación. Acción de nulidad contra las Resoluciones 25-000-0002-85 de 23 de abril de 1985 y 25-000-0005-85 de 11 de junio de 1985. (Auto de febrero 2 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 442. Actor: Sociedad García González Inversiones y Construcciones Ltda.). 587

2. (Secretaría de Gobierno, de Hacienda, de Desarrollo y de Educación del Departamento del Cesar). Contratos administrativos departamentales. Interpretación contextual de la demanda. Actas: No pueden demandarse. (Sentencia de febrero 5 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente 4740. Actor: Departamento del Cesar. Opositor: Agrocesar). 591

3. (Junta Departamental de Valorización de Antioquia). Contribución de valorización. Vía gubernativa. Acción contra la Resolución 1 de

Págs.

1981. (Sentencia de febrero 20 de 1987. Sección Cuarta. Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate). 598

4. (Contraloría Departamental del Quindío). Gobernador y Contralor. Acción contra la Resolución 1808 de 16 de noviembre de 1985, por medio de la cual fue reglamentado el uso de estampillas para los licores nacionales que se expendan en el territorio de ese departamento. (Sentencia de marzo 31 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 203. Actor: José Jesús Laverde Ospina. Salvamento de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez). 603

5. (Planeación Departamental de Córdoba). Acción de restablecimiento del derecho. Acto de nombramiento. Acción de nulidad contra el Decreto 000123 de 23 de enero de 1985. (Sentencia de abril 9 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente 2179. Actor: Luis López Durán). 611

6. (Empresa Promotora de Turismo del Tolima —TURTOLIMA—). Procuraduría General de la Nación. Sanciones disciplinarias. Adelantamiento. Descargos. Rehuso. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 348 de 12 de diciembre de 1983, expedida por el Gerente, en virtud de la cual se destituyó del cargo que ocupaba el actor en la mencionada entidad. (Sentencia de abril 10 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente 81. Actor: Cecilia Agudelo de Rengifo). 616

7. (Contraloría Departamental del Quindío). Gobernador. Acción administrativa. Asamblea Departamental. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 054R del 24 de octubre de 1986, reglamentaria del funcionamiento del Fondo Rotatorio de Viáticos. (Auto de mayo 30 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente 566. Actor: José Jesús Laverde Ospina. Aclaración de voto del doctor Guillermo Benavides Melo). . . 622

8. (División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia). Acción de restablecimiento del derecho. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 0215, 0240 y 0290 de 1986, expedidas por la Inspectora III y por la Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas. (Auto de mayo 8 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente 2428. Actor: SINALTRAMOPCAR). 630

9. (Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca). Juegos de apuestas permanentes. Chance. Acción de nulidad contra los artículos 1º, 3º y 6º del Acuerdo 032 de 17 de noviembre de 1985, por el cual se reglamenta la expedición de licencias para la explotación del juego de apuestas permanentes denominado chance. (Auto de mayo 16 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 574. Actor: Alberto Montoya Montoya). 632

Págs.

10. (Empresa Licorera de Santander). Servidores públicos. Jurisdicción competente en el juzgamiento de los actos jurídicos de administración de personal. Relación laboral. (Auto de marzo 4 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 891-12330). 636

11. (Secretario de Salud de Santander - Servicios Seccionales de Salud). Servicios seccionales de salud. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 001295 de 13 de agosto de 1986, mediante la cual se da curso de ley y se resuelve una solicitud respetuosa de la Asociación Nacional de Enfermeras Certificadas ANDEC. (Auto de junio 5 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente 2385. Actor: Alfonso Gómez Castaño). 640

12. (Juzgado de rentas y de ejecuciones fiscales del Departamento del Norte de Santander). Administración de justicia. Jueces de renta, de ejecuciones fiscales. Ramas del Poder Público. Sentencia y auto. Poder de policía y función de policía. Tasas o impuestos sobre bodegajes. Delitos o contravenciones. (Sentencia de junio 4 de 1981. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 4752. Actor: Servimos de Medellín Ltda.). 645

CAPITULO CUARTO

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. (Asamblea Departamental del Valle del Cauca). Ordenamiento administrativo de empleos por las Asambleas. Suspéndese provisionalmente una frase contenida en el artículo 22 de la Ordenanza 2 de 23 de octubre de 1985 expedida por la Asamblea Departamental. (Auto de febrero 13 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente 374. Actor: Luis Mario Duque). . . 657

2. (Asamblea Departamental de Bolívar). Suspensión provisional y nulidad. Gastos de las Contralorías. Suspéndese provisionalmente el Capítulo I de la Ordenanza 09 de 1985. (Confirmación). (Auto de mayo 9 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente 570. Actor: José Félix Turbay Turbay). 660

3. (Seccional de Catastro de Cundinamarca). Catastro. Formación y conservación. Suspéndese provisionalmente algunas resoluciones. (Auto de mayo 19 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 437. Actor: María Teresa García de García). 664

4. (Consejero Superior de la Universidad del Cauca). Empleos nacionales. Escalas de remuneración. Suspéndese provisionalmente, los efectos de la Resolución 123 del 8 de noviembre de 1985. (Auto de 27

Págs.

de mayo de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 2550. Actor: Luis Andrade Ríos). 669

TITULO TERCERO

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO PRIMERO

ACTOS DE LOS ALCALDES

1. (Alcalde Mayor de Bogotá). Estipulaciones contractuales de las autoridades administrativas. Incumplimiento. Pacto comisorio. Compraventa. Títulos traslaticios de dominio. Contradicción. Estado de derecho arbitrariedad. Daño. Decrétase la nulidad de la Resolución 599 de 22 de mayo de 1981, por medio de la cual se dispuso "...revertir al patrimonio del Distrito Especial de Bogotá, como bien de uso público el globo de terreno situado en el Bosque Popular...". (Sentencia de marzo 26 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4573. Actor: Central de Juventudes). 673

2. (Alcalde Municipal de Cúcuta). Contratos administrativos. Autorización legal de celebración. Dictamen del Consejo de Estado o del Tribunal administrativo, de si el contrato está o no ajustado a derecho. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 110 de marzo 12 de 1982 y 201 de abril 22 del mismo año, en virtud de las cuales se declaró no perfeccionado y en consecuencia no se dejó ejecutar el contrato administrativo de concesión celebrado entre el Municipio de Cúcuta y Sociedad Hotel Tonchalá S. A. (Sentencia de mayo 22 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4043. Actor: Hotel Tonchalá). 706

3. (Alcalde Mayor de Bogotá). Derecho urbano. Ciudad. Propiedad. Licencia de construcción. Demostración del dominio sobre un inmueble. Acción contra el Decreto número 2443 de 1982. (Sentencia de mayo 8 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 105. Actor: Omar Edgar Borja Soto. Salvamento de voto del doctor Simón Rodríguez R.). 715

4. (Alcaldía Menor de La Candelaria y Alcaldía Mayor de Bogotá). Restitución de inmuebles por autoridades de policía. Nulidad de las Resoluciones 004 de 17 de febrero de 1983, de la Alcaldía Menor de La Candelaria y 278 de agosto del mismo año, de la Alcaldía Mayor de Bogotá. (Sentencia de mayo 8 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor José Joaquín Camacho Pardo. Expediente 54. Actor: Graciliana Díaz de López). 725

5. (Alcalde del Municipio de Cali). Impuesto a espectáculos públicos y de industria y comercio. Acción de nulidad contra los artículos 1 y 2 del Decreto extraordinario 1912 de 1978. (Sentencia de junio 26 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Rozo. Expediente 0525. Actor: Luis Mario Duque). 729

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES

Págs.

1. (Concejo Municipal de Bucaramanga). Citación a sesiones. Acción de nulidad contra el Acuerdo 026 de 15 de mayo de 1985, por el cual se conceden unas autorizaciones al Alcalde Municipal de Bucaramanga. (Auto de enero 23 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez). 737

2. (Concejo Municipal de Cartago). Trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos. Expropiaciones de bienes particulares para afectarlos a obras urbanísticas municipales. Acción de restablecimiento del derecho contra los artículos 3 y 4 del Acuerdo 20 de 1973, mediante el cual se ordena el trazado y construcción de unas vías públicas y se dictan otras disposiciones. (Auto de marzo 6 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 544. Actor: Adalberto Montoya Montoya). 740

3. (Concejo Municipal de Medellín). Vigencia de acuerdos municipales. Acción de nulidad del Acuerdo 39 de 21 de septiembre de 1981. (Auto de marzo 9 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 529. Actor: Mario Jaramillo Lalinde. Aclaración de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Salvamento de voto del doctor Guillermo Benavides Melo). 744

4. (Concejo Municipal de Calarcá). Facultad impositiva de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales. Declárase nulo el Acuerdo 1 de 1971. (Sentencia de mayo 8 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor José Joaquín Camacho Pardo. Expediente 195. Actor: José Jesús Laverde Ospina). 751

5. (Concejo Municipal de Cúcuta). Personas jurídicas públicas como demandantes o como demandadas. Falta de la contestación de la demanda. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 181 de 1985. (Sentencia de mayo 22 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente 2261. Actor: Juan de Jesús Ortega Silva). 756

6. (Concejo Municipal de Pereira). Expropiación. Motivos de utilidad pública e interés social. Imposición de servidumbres. Expropiación de una explotación de cantera. Acción de restablecimiento del derecho contra el Acuerdo 70 de 7 de diciembre de 1983. (Sentencia de junio 20 de 1987. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 558. Actor: Carmenza González de Arboleda). 762

7. (Concejo Municipal de Barranquilla). Concejos Municipales. Contribuciones y gastos locales. Facultad impositiva del Congreso. Impuestos a espectáculos públicos. Administración municipal. Acción de nulidad

Págs.

contra el Acuerdo 007 de agosto 29 de 1986, por el cual se establece el impuesto a espectáculos públicos). (Auto de junio 12 de 1987. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate. Expediente 1706. Actor: Juan Antonio Pabón A. 767

CAPITULO TERCERO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

1. (Empresas Municipales de Cali). Actos administrativos que no se notifican. Ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción. Agotamiento de vía gubernativa. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 001538 de agosto 18 de 1983, emanada de la Gerencia General, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento del actor. (Sentencia de marzo 5 de 1987. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 2025. Actor: Alvaro Villamizar Cardozo). 773

2. (Empresa de Teléfonos de Bogotá). Acto de adjudicación. Suspensión provisional de un acto de ajudicación de un contrato administrativo. Se solicita la nulidad y suspensión provisional del acto administrativo por medio del cual la Junta Directiva, de dicha entidad, adjudicó a Siemens Aktiengesellscharft el sistema de conmutación con las opcionales y ajustes recomendados así como la red digital de servicios integrados y facilidades adicionales para el centro de administración, operación y mantenimiento. (Auto de junio 3 de 1987. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente S-003 —4926—. Actor: Sociedad Ericson de Colombia S. A. Aclaración de voto de los doctores, Guillermo Benavides, Jaime Abella, Samuel Buitrago Hurtado, Consuelo Sarria Olcos. Salmentos de voto de los doctores Antonio J. de Irisarri, Aydée Anzola Linares y del doctor Carlos Upegui - Conjuez). 780

3. (Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá Distrito Especial). Disposiciones violadas y concepto de la violación. Contratos administrativos. Adjudicación y pliego de condiciones. Defectos formales que no afecten sustancialmente la validez de la oferta. Contratos administrativos. Adjudicación. Anulación del acto de adjudicación. Contratos administrativos. Nulidad. Propuesta más conveniente. Cláusula penal pecuniaria. Acción de restablecimiento del derecho contra el acto administrativo, contenido en la decisión de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adoptada en la sesión de 4 de junio de 1981, Acta número 1954, que declaró desierta la licitación pública DGS 001 de 1981, para la contratación del servicio de vigilancia de las diferentes dependencias de la empresa y no autorizó la prórroga del contrato de fecha 27 de mayo de 1980, que para el mismo servicio se celebró entre dicha empresa y la Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A. SOCOVIG. (Sentencia de febrero 19 de 1987. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4694. Actor: Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A. Socovig. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango). 827

TITULO CUARTO

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Págs.

1. (Empresa de Teléfonos de Bogotá). Falla del servicio. Automóvil de la entidad pública conducido por empleado oficial. Acción de reparación directa y cumplimiento por el accidente de tránsito sufrido el 7 de julio de 1979 y a consecuencia del cual perdió la vida el señor Cristóbal Prieto Leguizamón. (Sentencia de enero 30 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4775. Actor: Ana Elvia Patiño vda. de Prieto y otros). 875

2. (Distrito Especial de Bogotá). Daño especial. Construcción de puente elevado. Acción de reparación directa y cumplimiento para que se le declare administrativamente responsable por la construcción de puente elevado en la intersección de la calle 53 con la carrera 30. (Sentencia de enero 30 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4493. Actor: Bertha María Martínez Zamudio). 886

3. (Nación). Fondo Vial Nacional. Responsabilidad del Estado. Organo estatal que debe comparecer. Demanda contra el Estado colombiano. Representación de las personas de derecho público y privadas con función pública. Acción de reparación directa contra la Nación para que se le declare responsable por los daños ocasionados a los actores por los trabajos públicos adelantados en la Avenida Cero de la ciudad de Cúcuta. (Sentencia de febrero 5 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4092. Actor: Tulio Enrique Carrero Becerra). 892

4. (Municipio de Medellín). Venta de predios rústicos. Ocupación permanente y transitorio por trabajos públicos. Responsabilidad objetiva. Tránsito de legislación. Acción de reparación directa para que se le declare responsable por la ocupación realizada en el inmueble de propiedad de los actores, Mercaderías y Valores G. U. C. Limitada y Cía. S. C. A. (Sentencia de marzo 26 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente 4729 —12—. Actor: Mercaderías y Valores G. U. C. Ltda. Cía. S. C. A.). 901

5. (Instituto de los Seguros Sociales). Falla en el servicio de salud. (Sentencia de marzo 27 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3671. Actor: Reynel Gómez Giraldo). 912

6. (Municipio de Santa Fe de Antioquia). Cosa juzgada. Acción de reparación por los daños y perjuicios causados al señor Roberto Flórez Acevedo con los hechos y operaciones materiales. (Sentencia de abril 2 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César

Págs.

Uribe Acosta. Expediente 4658. Actor: Roberto Flórez Acevedo. Salvedad de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo). 915

7. (Nación - Policía Nacional). Condena actualización. Acción de reparación directa para que se le declare responsable por los perjuicios causados a los actores por las lesiones sufridas, ocurridas el 28 de noviembre de 1981 a manos de un agente de la Policía Nacional. (Sentencia de abril 9 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4944. Actor: Pablo Emilio Naranjo Pérez y otro). 936

8. (Empresa Puertos de Colombia - COLPUERTOS). Reaseguro. Excepciones. Inexistencia de la obligación. Autenticación notarial. Responsabilidad extracontractual del Estado. Por riesgo u objetiva por pérdida de mercancías. Servicios portuarios. (Sentencia de mayo 21 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 3989. Actor: Compañía de Seguros La Fénix de Colombia S. A. y otros). 943

9. (Administración Postal Nacional ADPOSTAL). Término de caducidad en las acciones de reparación directa y cumplimiento. Pruebas trasladadas en juicios de responsabilidad estatal. Sentencias de autoridades penales. Valor de los fallos condenatorios o absolutorios. Acción de reparación directa y cumplimiento para que se le declare responsable por la muerte de la menor Martha Cecilia Zapata, ocurrida el 12 de julio de 1983 en el Hospital San Juan de Dios de Armenia como consecuencia del accidente ocurrido en la carrera 15 con la calle 23 de la misma ciudad. (Sentencia de mayo 22 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4955. Actor: Dioselina Arce Castaño). 968

10. (Nación - Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil). Aeronaves. Acción de reparación directa y cumplimiento por los daños y perjuicios causados al actor, con motivo del accidente aéreo ocurrido el 17 de junio de 1981, en el aeropuerto de Miraflores (Guaviare) a consecuencia del cual quedó destruida e inservible la aeronave marca Douglas Modelo C-47-A, matrícula HK 1078. (Sentencia de junio 11 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 3871. Actor: Carlos J. Sánchez Santamaría). . . . 978

CAPITULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1. (Departamento de Antioquia - Distribuidora de Licores de Córdoba). Contratos administrativos. Confianza defraudada en negocio jurídico. Facultades exorbitantes de la administración. Incumplimiento: Perjuicios ocasionados. Acción indemnizatoria para que se declare que el Departamento de Antioquia incumplió en su totalidad el contrato de distribución exclusiva de licores en el territorio del Departamento de Córdoba, celebrado el 12 de junio de 1975. (Sentencia de marzo 12 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4774. Actor: Distribuidora de Licores de Córdoba). 999

Págs.

2. (Instituto de Crédito Territorial - Pedro Amaya Durán). Incumplimiento bilateral de obligaciones simultáneas y sucesivas. Se solicita que se declare que la entidad pública incumplió el contrato de obra 548 de 1981 con su contrato de prórroga y adicional celebrado con el contratista, para la construcción de las obras de urbanismo para 718 soluciones de vivienda en la segunda etapa de la ciudadela Timanco de la ciudad de Neiva. (Sentencia de junio 25 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 4994. Actor: Pedro Amaya Durán). 1056

TITULO QUINTO

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. (Telecartagena - Publicar S. A.). Acciones de nulidad absoluta y relativa de los contratos administrativos no pueden confundirse con las propias de los actos administrativos unilaterales. Actas. Acción de plena jurisdicción para que se decrete la nulidad absoluta del contrato celebrado el 15 de enero de 1982, para la obra total de preparación, actualización, elaboración, impresión, publicación y distribución a domicilio de los directorios telefónicos de la ciudad de Cartagena y del Acta número 38 de la Junta Directiva de la mencionada empresa el 10 de diciembre de 1981; y como consecuencia, que se abra la licitación pública o privada al pago de perjuicios causados a la demandante desde el día en que debió adjudicarse la licitación pública hasta la fecha en que esta se haga. (Sentencia de enero 30 de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3627. Actor: Editorial Mercurio S. A.). 1077

2. (Departamento de Atlántico - Departamento de Caldas). Contratos administrativos. Ejecución. Acciones relativas a contratos. Nulidad absoluta. Se demandó la anulación del convenio de intercambio de licores suscrito entre los departamentos mencionados, el siete de marzo de 1985 y además la anulación del acto legislativo firmado por las mismas partes el 4 de julio de 1985, en desarrollo del mencionado convenio. (Auto de 27 de febrero de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente 4948 —192—. Actor: Sociedad Edgardo Borelly y Cía. Ltda.). 1083

TITULO SEXTO

JUICIOS ELECTORALES

CAPITULO PRIMERO

UNICA INSTANCIA

1. (Cámara de Representantes). Acción electoral. Caducidad frente a elecciones o nombramientos que requieren confirmación. Acción electoral contra la declaración de elección de Procurador General de la Nación, del acto de confirmación y del de posesión. (Auto de febrero 12 de 1987. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente: Doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente E-083. Actor: Pedro Pablo Ca-

Págs.

margo. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango y Carmelo Martínez Conn). 1091

2. (Consejo Nacional Electoral). Inhabilidades de los congresistas. Artículo 111 de la Constitución Nacional. Acción electoral contra el acto de marzo 17 de 1986 mediante el cual, se declaró la elección de representantes a la Cámara por la Circunscripción del Departamento de Chocó para el período constitucional de 1986 a 1990. (Sentencia de febrero 23 de 1987. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente: Doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente E-011. Actor: Manuel Elías Barcha Garcés). 1100

3. (Cámara de Representantes). Partidos políticos. Representación proporcional. Mesas directivas de las corporaciones de elección popular. Participación de las minorías. Cámara de Representantes. Minoría más numerosa. Sanciones. Analogía. Inaplicabilidad de la analogía en materia punitiva. Acción electoral contra la elección del Vicepresidente de la Mesa Directiva de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes. (Sentencia de enero 29 de 1987. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente: Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente E-073. Actor: Daniel Alberto Valderrama). . . . 1108

4. (Consejo Nacional Electoral). Actas de Escrutinio de los jurados de votación. Sufragios legítimamente emitidos. Votos en mayor número que los ciudadanos que sufragaron. Pruebas. Negación indefinida. Votos en blanco. Sistema electoral. Arca triclave. Características y pliegos introducidos en ella extemporáneamente. Acción electoral contra el acto administrativo contenido en el Acta Parcial de Escrutinio General de los votos de los Representantes a la Cámara practicado por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral, en cuanto por medio de dicho acto se declararon elegidos Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Santander para el período constitucional 1986 - 1990. (Sentencia de febrero 26 de 1987. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente E-016. Actor: Carlos Plata Castilla). 1112

5. (Aclaración de sentencia de la anteriormente citada). Sentencia. Congruencia. Parte motiva y parte dispositiva. Artículo 163 de la Constitución Nacional. Aclaración. Artículo 246 del Decreto 01 de 1984. (Sentencia de febrero 26 de 1987. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente E-016. Actor: Carlos Plata Castilla). 1145

6. (Presidente de la República). Intervinientes adhesivos. Actuación. Ejercicio de la acción electoral. Partidos políticos. Participación adecuada y equitativa. Frente Nacional. Historia del Frente Nacional. Acción electoral contra el nombramiento de la señora Ministra de Educación Nacional, Liliam Suárez Melo, efectuada por el señor Presidente de la República, doctor Belisario Betancur, mediante Decreto 2325 de 20 de agosto de 1985. (Sentencia de febrero 28 de 1987. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez

Págs.

Rodríguez. Expediente E-044. Actor: Alejandro Cruz Guarín. Aclaración de voto de los doctores Gaspar Caballero Sierra y Carmelo Martínez Conn y Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango). 1151

7. (Consejo Nacional Electoral). Fallo en juicio electoral. Excepción. Introducción extemporánea de pliegos electorales al arca triclave. Términos de horas para el cumplimiento de actos electorales, Falsedad o apocrifidad. Acción electoral contra el Acuerdo 13 de 1986 por el cual se resuelven unas apelaciones interpuestas durante los escrutinios generales de las elecciones del 9 de marzo de 1986, en la Circunscripción Electoral del Atlántico, se declara la elección de Senadores, Representantes y Diputados y se expiden las respectivas credenciales. (Sentencia de abril 8 de 1987. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente: Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente E-052. Actor: Ricardo Rosales Zambrano. Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn). 1168

8. (Congreso de la República). Partidos políticos. Representación de las Minorías. Nuevo Liberalismo. Congreso de la República. Vicepresidencia. Mesas Directivas. Minorías. Integración. Acumulación de pretensiones electorales. Acción electoral contra los actos de elección de segunda Vicepresidencia del Senado y Cámara de Representantes. (Sentencia de abril 24 de 1987. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente: Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente E-063. Actor: Luis Carlos Galán Sarmiento). 1209