REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

H- 6374

Nº INVENTARIO:

NUMERO CLASIFICACION

COMPRA ___ CANJE ___ DONACION ___

FECHA: 29 SET. 2003

PRECIO:

PROCEDENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PAIS:

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO LXII

NUMEROS 493 - 494

SEGUNDO SEMESTRE DE 1987

RELATORAS:

Dra. María Elena Giraldo Gómez

Dra. Margarita Hernández de Albarracín (a partir de septiembre 11 de 1987)

EDITORIAL "PARA LA LIBERTAD" FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Printed in Colombia — Impreso en Colombia

CONSEJO DE ESTADO

SEGUNDO 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. Luis 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
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. Javier Henao Hidrón

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:

Dra. Nubia González Cerón

RELATORAS:

Dra. María Elena Giraldo Gómez

Dra. Margarita Hernández de Albarracín (a partir de septiembre 11 de 1987).

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO I

CONSULTAS DEL GOBIERNO

FONDOS ACUMULATIVOS PARA FOMENTO DE LAS UNIVERSIDADES DEL CAUCA.

1. Creación (art. 2º de la Ley 136 de 1937).

2. Manejo. Finalidad.

3. CARENCIA DE PERSONERIA JURIDICA. Es extraño a la ley el otorgamiento de personalidad jurídica.

4. La destinación que la Nación haga de una partida o de unos fondos de dinero para el fomento de una Universidad, no puede tomarse con el alcance de acto constitutivo de una fundación de derecho público. PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO O DE DERECHO PRIVADO.

¿Qué suponen para su existencia?

FUNDACIONES. Norma creadora. Señalamiento. PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS. Señalamiento (art. 80 de la Ley 153 de 1887). ESTABLECIMIENTOS DE BENEFICENCIA, DE INSTRUCCION PUBLICA DE CARACTER OFICIAL. CORPORACIONES Y FUNDACIONES. Personería jurídica (Decreto legislativo 0393 de 1957). Interpretación del inciso 2º del artículo 635 del Código Civil, artículo 80 de la Ley 153 de 1887.

Artículo 5º de la Ley 93 de 1936. FONDOS. DEFINICION. Artículo 2º del Decreto-ley 3130 de 1968. Características de los fondos. FONDO ACUMULATIVO DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA. Es un fondo sin personería jurídica, perteneciente a tal establecimiento público y administrado por la Junta de que trata el artículo 2º de la Ley 136 de 1987. Esta Junta será la encargada de fijarle los procedimientos, forma de administración de los recursos para el logro de los objetivos señalados por el legislador.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Naturaleza jurídica del Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca. Radicación número 108.

La señora Ministra de Educación Nacional doctora Marina Uribe de Eusse, formula a la Sala la siguiente consulta:

Fundamentos de la consulta:

1ª *Sinópsis histórica del Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca.*

a) Origen y naturaleza jurídica, primera, del Fondo.

El Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca, o simplemente, el Fondo, como también lo llamaremos, tuvo su origen jurídico en la Ley 136 de 1937. En efecto, su artículo 2º dispuso crear "...sendos Fondos Acumulativos para fomento de las Universidades del Cauca, Cartagena y Nariño, los cuales serán manejados por juntas integradas así: Por el Gobernador del respectivo Departamento, por el Rector de la respectiva Universidad y por el representante del Ministerio de Educación nombrado por él mismo". Como patrimonio del Fondo de la Universidad del Cauca, la ley destinó, la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) —art. 3º— que se incluirán, por terceras partes, en los presupuestos nacionales de las vigencias fiscales de 1938, 1939 y 1940 —art. 4º—.

La destinación específica de un capital estatal a un fin de interés público, cual lo es el fomento de la Universidad, dada por el legislador, situó al Fondo Acumulativo dentro de lo que la ley y la doctrina convienen en llamar "Fundaciones e Instituciones de utilidad común, de derecho público" —art. 635, inciso final Código Civil—. En esa calidad, el Fondo vivió sus primeros años, rigiéndose siempre, por normas de derecho público, en especial, por la Ley 93 de 1938.

En el año de 1957, el Decreto legislativo 393, dispuso en su artículo 1º: "Los establecimientos de beneficencia y de instrucción pública de carácter oficial, y las corporaciones y fundaciones creadas por leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos de autoridad, de que hablan el inciso 2º del artículo 535 del Código Civil, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, y el artículo 5º de la Ley 93 de 1938, son personas jurídicas desde el momento en que se constituyen de conformidad con el acto de poder público que las crea". En consecuencia, si de manera expresa, la Ley 136 de 1937 no le reconoció personería jurídica al Fondo, el artículo pretranscrito se la está confiriendo, tácitamente. Por eso, el artículo 2º del Decreto 635 de 1957, dispuso: "El posterior reconocimiento de esta personería por el Gobierno Nacional, de acuerdo con las disposiciones vigentes sólo tiene por objeto establecer si los estatutos de esas entidades se acomodan a la ley que las creó, cuando sean creadas por la ley, o no se oponen a la moral o al orden legal, en los demás casos".

Y termina ese artículo 2º: "Con todo, las personas jurídicas a que se refiere el presente decreto, que se creen en el futuro, lo mismo que las ya creadas, y que no hayan obtenido ese reconocimiento, procederán a solicitarlo, dentro de los tres meses siguientes a su creación, o a la fecha de la vigencia del presente decreto, según el caso". De ahí, que la Junta Directiva del Fondo Acumulativo, mediante la Resolución número 2 *bis* de 1966, expidiese los Estatutos de la entidad, y los sometiese a la aprobación del Gobierno Nacional, representado, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2703 de 1959, artículo 1º, literal n) por el Gobernador del Departamento.

El Gobernador del Departamento del Cauca, por la Resolución número 153 de 30 de noviembre de 1966, publicada en el Registro Oficial número 3288 de 30 de diciembre de ese mismo año, concedió la ameritada Personería Jurídica". ...a la entidad denominada "Fondo Acumulativo para Fomento de la Universidad del Cauca, con domicilio en esa ciudad de Popayán", pero sin definir a qué clase de persona jurídica de derecho público la confería.

Meses después, por la Resolución número 3 de 5 de junio de 1967, la Junta Directiva del Fondo, modificó, parcialmente, los estatutos que contenía la Resolución número 2 *bis* de 1966. De ese modo, dispuso en su artículo 1º: "Para el fácil cumplimiento de los fines de que trata el artículo anterior —2º de los Estatutos modificados— el Fondo se organizará en forma empresarial, orientado por una política económica y comercial que le permitía la mayor rentabilidad de sus bienes".

Y en el artículo 2º —que modificó el 4º de los Estatutos— consagró: "Los ingresos y rentas del Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca, son esencial y preferentemente capitalizables y sólo podrán invertirse conforme a las disposiciones legales y estatutarias en el fomento económico y financiero de la Universidad. El capital del Fondo, en ningún caso podrá destinarse al cumplimiento de los fines del Fondo, señalados por la ley".

b) Naturaleza jurídica del Fondo Acumulativo, después de la reforma administrativa de 1968.

Con la organización anterior se encontraba el Fondo, cuando entró en vigencia la reforma administrativa del año 1968. Uno de sus decretos más importantes, el Decreto-ley 3130, estatuyó sobre los Fondos: "Artículo 2º. De los Fondos. Los Fondos son un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados. Cuando a dichas características se sume la personería jurídica, las entidades existentes y las que se creen conforme a la ley, lleven o no la mención concreta de 'fondos rotatorios', son establecimientos públicos". El Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca, según el precepto transcrito, era un establecimiento público del orden nacional, cual lo era y lo es, la Universidad del Cauca, pero se presentaron estas dudas: Un establecimiento público creado para "el fomento" de otro establecimiento público?. Y por qué el Gobierno Nacional, con el cuidado que tuvo al organizar la Rama Ejecutiva en lo nacional, no hacía mención al Fondo Acumulativo con otros de los establecimientos públicos? Existían otros organismos públicos, con personería jurídica, que cumplieran funciones administrativas o prestasen servicios públicos, que no fueran establecimientos públicos? Se podría situar al Fondo dentro de lo que otro importante Decreto de la Reforma Administrativa de 1968, el 1050, consagró como "...unidades administrativas especiales para la más adecuada atención de ciertos programas propios ordinariamente de un ministerio o departamento administrativo, pero que, por su naturaleza, o por el origen de los recursos que utilicen, no deban estar sometidos al régimen administrativo ordinario"? Todas las anteriores inquietudes fueron

sometidas a consulta del Ministerio de Educación, antes de que el Fondo reformase sus estatutos. Consulta de 2 de agosto de 1976 dirigida al entonces Secretario General de la Presidencia de la República doctor Jaime Castro Castro (4) años, y como ninguno de los asesores del Gobierno definió los interrogantes planteados, el Gobierno optó por desconocer las peticiones del Fondo, a través de un prudente silencio. La Junta Directiva del Fondo, entonces, optó por calificar la institución como una "Unidad Administrativa de la Universidad del Cauca", esto es, una dependencia de la Universidad, pero con autonomías administrativas y patrimonial, tal y como se concibe en sus actuales estatutos —Acuerdo número 003 de 1980—, ratificado en la sesión del 26 de mayo de 1980, por el honorable Consejo Superior de la Universidad del Cauca. Para llegar a esa determinación, la Junta Directiva del Fondo, tuvo en cuenta las siguientes consideraciones, tomadas de la definición legal de unidad administrativa especial: Se buscaba "la más adecuada atención de ciertos programas propios de..." la Universidad del Cauca, su fomento, "...pero que, por su naturaleza, o por el origen de los recursos que utilicen", y se ha visto que la naturaleza primaria del Fondo y los recursos de que dispone son específicos para la Universidad del Cauca, "...que deben estar sometidos al régimen administrativo ordinario", esto es, al régimen de los establecimientos públicos del orden nacional. Así lo decidió la Junta Directiva del Fondo, así lo aceptó ese honorable Consejo Superior, y hoy se ve, cómo el Fondo continúa bajo control de la Universidad del Cauca, y no bajo control directo del Gobierno Nacional.

Que, según la norma transcrita —art. 1º, inciso 3 del Decreto 1050 de 1968—, las unidades administrativas especiales, son dependencias de un Ministerio o de un departamento administrativo, se preguntarán. Pero, el precepto, dice: "Ordinariamente de un ministerio o de un departamento administrativo", no exclusivamente de esos organismos. Se estimó, por ese entonces, que un establecimiento público como la Universidad del Cauca, también podía tener unidades especiales, y así lo aceptaron sus directivas. Hoy, se sabe que otros establecimientos públicos como el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, también tiene sus "unidades administrativas especiales", las Juntas Administradoras de Deporte.

Recordando que las inquietudes, sobre la naturaleza jurídica del Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca, vienen desde hace mucho tiempo y aún no hay plena certeza sobre esta materia debido a los controvertidos conceptos que existen, la institución Universitaria, tiene vivo interés en que esa honorable Corporación, sea quien dilucide las dudas que a continuación referimos:

1º El Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca, una unidad administrativa especial de la institución?

2º Constituye el Fondo Acumulativo un establecimiento público, autónomo independiente de la Universidad del Cauca, tanto en su aspecto administrativo como presupuestal?

No es otro el objeto de esta consulta.

La Sala considera y responde:

1. El artículo 2º de la Ley 136 de 1937 prescribe textualmente: "Artículo 2º. Créanse sendos Fondos Acumulativos para fomento de las Universidades del Cauca, Cartagena y Nariño, los cuales serán manejados por Juntas integradas así: Por el Gobernador del respectivo Departamento, por el Rector de la respectiva Universidad y por un representante del Ministerio de Educación, nombrado por el mismo". El artículo 3º de la ley apropió la cantidad de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) para la primera y cien mil pesos ($ 100.000.00) para cada una de las otras como aporte o contribución de la Nación. El artículo 4º a su vez, señaló la forma como se incluirían dichas sumas en los presupuestos de la Nación y, finalmente, el artículo 5º autorizó al gobierno para abrir los créditos necesarios para cubrir dichas partidas, en caso de que no fueren incluidos en el presupuesto nacional.

2. No hace referencia la norma a la intención del legislador de crear una persona jurídica que bajo la denominación de Fundación o Institución de Utilidad Común tuviese a su cargo el manejo o la ejecución de exclusivos fines de interés social. Simplemente, se crea un Fondo denominado Acumulativo y se le asigna una determinada suma de dinero, para cuyo manejo se establece una junta; es más, no da idea el legislador de qué ha de entenderse por Fondo Acumulativo y únicamente le señala un objeto cual es el *fomento* de las universidades para las cuales los crea. Así las cosas, se hace necesario acudir al sentido natural y obvio de las palabras utilizadas por el legislador en busca de una correcta interpretación, conforme lo indica la norma de hermenéutica consagrada en el artículo 35 del Código Civil.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua en su vigésima edición (1984), dentro de las diversas acepciones de la palabra Fondo, lo define como: "Cualquier porción de dinero". A su turno la palabra Acumulativo es definida como "perteneciente o relativo a la acumulación; que procede por acumulación" y Acumular, como "juntar y amontonar". Finalmente la palabra Fomento en una de sus diversas acepciones es definida como "auxilio, protección". En este orden de ideas, por Fondo Acumulativo para Fomento habrá de entenderse la destinación de una porción de dinero para el auxilio o protección de un ente o persona —que para el caso concreto consultado lo es la Universidad del Cauca—, el cual puede ser aumentado con otros aportes de dinero que se destinen al mismo fin.

3. El manejo del llamado Fondo Acumulativo lo entregó la Ley 136 de 1937 a una junta integrada por el Gobernador del respectivo Departamento, por el Rector de la respectiva universidad y por un representante del Ministerio de Educación. El destino de los dineros recaudados por el Fondo no podía ser otro que el auxilio o protección de la respectiva Universidad; en otras palabras, la junta creada para el manejo del Fondo sólo podía aplicar dichos dineros a tal fin. Sin embargo es extraño a la ley el otorgamiento de personalidad jurídica y menos aún la creación de un ente que bajo tal denominación tuviere a su cargo el objetivo específico propuesto. Simplemente se destinan unos dineros y se designa a una junta para manejarlos. Nótese cómo la ley no señala áreas específicas a las cuales han de aplicarse los

dineros del Fondo Acumulativo lo cual significa que habrán de destinarse a todo aquello que en una u otra medida signifique auxilio, protección de la Universidad como ente jurídico, hacia el cual han de canalizarse tales dineros. Se tiene entonces que, si bien el Fondo Acumulativo no hace parte del ente jurídico denominado Universidad del Cauca, sino que por el contrario su existencia radica primordialmente en el fomento de la Universidad, tampoco constituye ente jurídico independiente, por cuanto carece de personalidad jurídica, de la cual puede derivar su autonomía administrativa y financiera.

4. La destinación que la Nación haga de una partida o de unos fondos de dinero para el fomento de una Universidad, no puede tomarse con el alcance de acto constitutivo de una fundación de derecho público. La creación de una persona jurídica, bien de derecho público o derecho privado, supone al menos la existencia de un mínimo de elementos y condiciones que señalen o fijen sus objetivos, las normas que habrán de regir su vida como sujeto de derecho y obligaciones, y la forma como habrá de disponerse de su patrimonio en caso de liquidación. En el caso de las fundaciones de derecho público, la norma creadora tendrá que señalar claramente la intención del legislador y al menos fijar así sea en forma esquemática los derroteros o marco general de regulación a que habrá de ceñirse en sus actividades, sin perjuicio obviamente de las normas legales que condicionan la actuación de tal clase de entes, órganos de dirección y representación, y capacidad de los mismos. Sin estos requisitos el legislador a lo sumo estará creando fondos de gestión sin personalidad jurídica, pero no personas jurídicas en estricto rigor.

5. El artículo 80 de la Ley 153 de 1887 prescribe que: "La nación, los departamentos, los municipios, los establecimiento de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas". Dicho de otra forma los entes señalados en la disposición transcrita son personas jurídicas por ministerio de la ley, es decir, no requerirán de acto gubernamental posterior que les reconociera tal calidad. Sin embargo, el Decreto legislativo 0393 de 1957 al interpretar "auténticamente" el inciso 2 del artículo 635 del Código Civil, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 5º de la Ley 93 de 1936, en relación con los establecimientos de beneficencia y de instrucción pública de carácter oficial y las Corporaciones y Fundaciones creadas por leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos de autoridad, estableció que son personas jurídicas desde el momento en que se constituyen de conformidad con el acto que las crea. No obstante, el artículo 2º del mencionado decreto señala que el posterior reconocimiento de esta personería por el Gobierno Nacional "sólo tiene por objeto establecer si los estatutos de esas entidades se acomodan a la ley que las creó, cuando son creadas por ley, o no se oponen a la moral o al orden legal, en los demás casos".

6. Confirma esta interpretación de autoridad, el criterio atrás expuesto según el cual la creación de las personas jurídicas mencionadas supone el señalamiento en el acto de creación de determinadas directrices a las cuales deberá someterse durante su vida en el mundo del derecho, de tal manera que el acto administrativo posterior de reconocimiento de la personería jurídica tiene por objeto establecer

si se han respetado tales directrices señaladas en la ley de creación, cuando son de origen legal, o no se oponen a la moral y al orden legal, en los demás casos. Es pertinente aclarar que en relación con las fundaciones creadas por la ley, a partir de la reforma administrativa de [illegible] establecimientos públicos sometidas al régimen de tales entes descentralizados y gozan de personería jurídica por ministerio de la ley, sin que requieran acto posterior que les reconozca tal calidad (art. 7º del Decreto-ley 3130 de 1963, art. 5º del Decreto-ley 1050 de 1968).

7. En consecuencia, el Decreto legislativo 0693 de 1957 no tuvo por finalidad reconocer, ni expresa ni tácitamente, personería jurídica a ningún ente de derecho público o de derecho privado; simplemente interpretó con *autoridad* las normas en él citadas conforme a la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 25 del Código Civil.

8. De lo expuesto en los puntos anteriores se puede concluir, que los actos administrativos mediante los cuales se les reconoció personería jurídica al Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca, carecen de soporte legal y no pueden erigirse sobre ellos la existencia de una persona jurídica, cualquiera sea la naturaleza que se le pretenda otorgar.

9. El artículo 2º del Decreto-ley 3130 de 1968 define los Fondos como "un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados". Agrega la norma, que cuando en las anteriores características se sume la personería jurídica las entidades existentes y las que se creen son establecimientos públicos.

De la definición de los Fondos resulta en primer lugar una característica esencial: Se trata de bienes o recursos que pertenecen, que son propios, que hacen parte del patrimonio de un organismo. Ello supone la existencia de un ente jurídico con un patrimonio independiente, el cual para el manejo de parte de sus bienes o recursos crea un Fondo, a manera de sistema de manejo de cuentas, con el fin de dar un adecuado y racional uso y destinación de esa parte de su patrimonio, *pero tales bienes o recursos le pertenecen, hacen parte de su acervo patrimonial* y lo que se quiere con la creación del Fondo, es lograr el cumplimiento de objetivos concretos mediante la destinación en forma exclusiva y excluyente de unos bienes o recursos de tal finalidad.

En el caso del Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca, si bien la partida asignada por la Nación no hace parte del patrimonio de la Universidad, no es menos cierto que el legislador designa una junta para su administración y señala un objetivo concreto cual es el *fomento* de la Universidad entendido en el sentido definido en el punto 2 de esta respuesta.

Se tiene entonces que, no obstante no hacer parte del patrimonio del establecimiento público denominado Universidad del Cauca, los recursos del Fondo tienen una destinación igualmente exclusiva. Así las cosas, tales recursos no pueden destinarse a objetivos distintos del señalado por el legislador. Sin embargo, aunque la Universidad

no puede hacer uso de los mismos por no poderlos incorporar dentro de su presupuesto, como ingresos ordinarios que le pertenecen, y existir una junta autónoma para su manejo, una interpretación restringida del artículo 2º del Decreto-ley 3130 de 1968 no puede negarle la calidad de Fondo sin personería jurídica a los recursos del Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca. Debe en consecuencia concluirse que el Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca es un fondo sin personería jurídica, perteneciente a tal establecimiento público, y administrado por la junta de que trata el artículo 2º de la Ley 136 de 1987. Esta junta será la encargada de fijarle los procedimientos, forma de administración de los recursos para el logro de los objetivos señalados por el legislador.

10. Con fundamento en lo antes expresado se responde:

A. La intención del legislador de crear el Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca, no fue la de crear una fundación o institución de utilidad común de derecho público;

B. La interpretación de autoridad contenida en el Decreto legislativo 0393 de 1957 no tuvo por finalidad reconocer tácita o expresamente personalidad jurídica ni a dicho fondo ni a ningún otro organismo, ente o persona moral, que careciere de ella;

C. Los actos administrativos dictados reconociendo personería jurídica al llamado "Fondo Acumulativo para el Fomento de la Universidad del Cauca" carecen de soporte jurídico por cuanto fueron expedidos contraviniendo la Ley 136 de 1937, que lo creó sin reconocerle personería jurídica. Por consiguiente, los mencionados actos deberían revocarse para que el Fondo, sin personería jurídica mantenga el carácter original que le dio la ley;

D. *En conclusión,* el Fondo Acumulativo para el Fomento de la Universidad del Cauca es un Fondo de Gestión sin personería jurídica, el cual conforme a la reforma administrativa de 1968 puede asimilarse a aquellos Fondos de que trata el artículo 2º del Decreto-ley 3130 de 1968.

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

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

IMPUESTO DE PREVISION SOCIAL. CUENTAS DE COBRO EXENTAS DE DICHO GRAVAMEN. Ley 4ª de 1966. Artículo 1º Decreto 3123 de 1966. Ley 33 de 1985, artículo 10.

La entidad descentralizada es la beneficiaria del gravamen cuando no tuviere afiliados a sus empleados a una Caja de Previsión Social.

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: Radicación número 111. Consulta sobre aplicación de la Ley 4ª de 1966 a las entidades descentralizadas no afiliadas a Cajas de Previsión.

En comunicación dirigida a la Sala por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y radicada en este Despacho el 30 de abril, el señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Miguel Merino Gordillo, consulta acerca de la interpretación y los alcances de la Ley 4ª de 1966, "por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones".

Concretamente el señor Ministro consulta sobre los siguientes aspectos:

1º ¿Cuál es la entidad destinataria o beneficiaria de los recaudos ordenados por la Ley 4ª de 1966, en el caso en que una entidad descentralizada no afilie a sus trabajadores a Caja de Previsión alguna, sino que tiene afiliados sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, para que éste asuma los riesgos de invalidez, vejez y muerte, reservándose dicha entidad el pago de las prestaciones sociales?

"En el evento en que esa honorable Sala considere que en ese caso la destinataria del impuesto es la misma entidad descentralizada, preguntamos: Tal entidad está obligada a llevar la cuenta especial denominada 'Impuesto de Previsión Social, Ley 4ª de 1966' de que trata el artículo 2º del Decreto 3123 de 1966? y, si está obligada cuál sería el manejo que se debe dar a los dineros depositados en dicha cuenta? Y,

2º El impuesto se causa solamente sobre los pagos que se realicen como retribución a la prestación de servicios personales, o también

se causa sobre los pagos que impliquen sustitución o rotación de activos tales como: Las inversiones bursátiles, compra de bienes a título de depósito, mutuo, etc.?".

La Sala considera:

La Ley 4ª de 1966 estableció en su artículo 1º un impuesto de diez centavos moneda corriente ($ 0.10) por cada cien pesos o fracción con destino a las Cajas de Previsión respectivas, o, en su defecto para la entidad pagadora, en relación con toda cuenta o nómina "que paguen *por cualquier concepto*" (Subraya la Sala) la Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distrito Especial de Bogotá, Corregimientos, Inspecciones de Policía e Institutos Descentralizados (Expresión esta última anterior a las reformas constitucionales y administrativas de 1968).

Respecto de dicho impuesto (impuesto de previsión social), la misma ley fijó en forma taxativa una lista de excepciones que favorecen a los beneficiarios de determinadas cuentas o nóminas. Determinó, en efecto, que estarían exentas y, por tanto, no serían gravadas, las siguientes cuentas de cobro:

a) Por auxilio, devoluciones de impuestos y traspasos de fondos recaudados por las entidades de derecho público con destino a otras personas;

b) Por prestaciones sociales;

c) Las que se formulen entre sí las entidades de derecho público. Y,

d) Las de los establecimientos dedicados exclusivamente a la beneficencia.

En el mismo año de 1966, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política, procedió a reglamentar el artículo 1º de la Ley 4ª de 1966, relacionado con el impuesto de previsión social. Mediante el Decreto 3123, dispuso: Que el recaudo del impuesto se hará directamente por la entidad obligada a ejecutar el pago, y para tales efectos se llevará una cuenta especial denominada "Impuesto de Previsión Social, Ley 4ª de 1966"; que la persona o entidad obligada a efectuar el pago descontará directamente de la nómina o cuenta de cobro el valor del impuesto causado, y hará el asiento contable respectivo en dicha cuenta especial; que los pagadores están obligados a girar a la correspondiente entidad de previsión y dentro de los primeros diez (10) días de cada mes el monto de lo recaudado durante el mes anterior; y que el Contralor General de la República y los Contralores Departamentales y Municipales velarán, por intermedio de sus respectivos agentes, por el estricto cumplimiento de los deberes relacionados con la recaudación del gravamen y el giro y manejo de su producido, debiendo elevar a alcance el valor de lo dejado de recaudar por los pagadores respectivos, sin perjuicio de la sanción pecuniaria a que haya lugar.

Este último punto fue reglamentado a su vez por el artículo 10 de la Ley 33 de 1985.

Finalmente, en lo relacionado con esta materia, la Ley 33 de 1985 procedió a aumentar el valor del impuesto de previsión social.

En el artículo 5º lo hizo en los siguientes términos:

"El valor del impuesto de que trata el artículo 1º de la Ley 4ª de 1966, será del cinco por mil si se trata de nóminas de personal, y del diez por mil *en los demás casos*, con las excepciones allí establecidas" (Subraya la Sala).

Conviene entonces precisar el alcance de la expresión "cuenta o nómina", que emplea la Ley 4ª de 1966. Sobre este tema el señor Ministro de Desarrollo Económico, en su consulta, hace estas consideraciones:

"Al parecer, el texto de dicha norma establece un paralelismo entre la expresión 'cuenta' y 'nómina', en razón a que utiliza la disyunción 'o' y no la conjunción 'y'. Si ello es así, resulta lógico a juicio de este Despacho, entender que el término 'cuenta' se refiere, como indudablemente sucede con la expresión 'nómina', a retribuciones por servicios personales y, en todo caso, a cobros que no impliquen el equivalente de una rotación de activos. Y es que si se tiene en cuenta la naturaleza misma de las cuentas expresamente exceptuadas, fácilmente se corroboraría la interpretación señalada, en la medida en que se refieren a pagos que no impliquen sustitución o rotación de activos".

Los vocablos cuenta y nómina no tienen, gramaticalmente, el mismo significado. *Cuenta* es acción y efecto de contar e implica en el sentido que interesa, un cálculo u operación aritmética tendiente a cumplir con una obligación; mientras que la palabra *nómina* es más específica y en el derecho laboral denota la relación nominal de los individuos que en una empresa u oficina pública han de percibir remuneración, justificando con su firma haberla recibido. La nómina se refiere, por tanto, a retribución por servicios personales.

Precisamente la Ley 33 de 1985 al hacer modificaciones a la Ley 4ª de 1966 y aumentar el valor del impuesto de previsión social, se orientó en el sentido de distinguir entre nómina y cuenta. Y así prescribió que tal aumento sería del cinco por mil si se trata de nóminas de personal, y del diez por mil *en los demás casos*, con lo cual está expresando que dichos vocablos no son sinónimos. La ley empleó esta terminología con el fin de poder incluir aquellos pagos que por *cualquier concepto* realicen la Nación, las entidades territoriales, las inspecciones de Policía y las entidades descentralizadas; con exclusión, desde luego, de las cuentas de cobro ya mencionadas (inciso 2º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1966).

Por consiguiente, el impuesto se causa no solamente sobre los pagos que se realicen por la prestación de servicios personales (nóminas), sino también sobre las cuentas de cobro que impliquen sustitución o rotación de activos, con las salvedades establecidas. La ley no hizo distinción respecto de las implicaciones del vocablo *cuentas*, razón por la cual le dio un sentido general de aplicación que

tanto puede referirse a adquisición de bienes o servicios, como a préstamos de capital; a intereses o cualquier otro pago que efectúen las entidades obligadas.

La ley se limitó a enumerar algunas cuentas que quedaban exentas del pago del impuesto, o sea que no estableció relación entre la causación del mismo con destino a las Cajas de Previsión (o en su defecto, a la entidad pagadora de las prestaciones sociales) y el objeto o finalidad del pago.

Ahora bien; en el supuesto de que la entidad descentralizada (establecimiento público, empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta) no tuviere afiliados a sus empleados y trabajadores a una Caja de Previsión Social y se reservare el pago de las prestaciones sociales, dicha entidad se convierte en la beneficiaria del gravamen.

La obligación de llevar cuenta especial denominada "Impuesto de Previsión Social, Ley 4ª de 1966", no está determinada por la ley sino respecto de los recaudadores del impuesto, con el fin de asegurar su buen manejo y el posterior giro de su producido al destinatario. Con todo, la entidad descentralizada y beneficiaria del impuesto (por tener la obligación de pagar las prestaciones sociales del personal vinculado laboralmente), deberá manejar los dineros correspondientes atendiendo a los altos fines que el legislador se propuso al crear el impuesto de previsión social, o sea, el fortalecimiento de los ingresos de las Cajas de Previsión Social o de las respectivas entidades pagadoras, para que ellas pudieran cumplir en mejores condiciones financieras sus objetivos prestacionales; y así bien pudieran llevar también la cuenta especial que el Decreto 3123 de 1966 denomina "Impuesto de Previsión Social, Ley 4ª de 1966", siempre y cuando que no exista una reglamentación especial sobre la materia dictada por el Contralor General de la República en desarrollo de las facultadas que le confiere el ordinal 2º del artículo 60 de la Constitución Política.

Se deja así absuelta la consulta y se ordena su transcripción auténtica al señor Ministro de Desarrollo Económico y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PROCESOS DE UNICA INSTANCIA PARA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO EN NOVIEMBRE 6 DE 1985.

Adelantados en acción de nulidad. Consecuencias. Artículo 1º letra a) del Decreto 3825 de 1985: Solicitud de Reconstrucción. Artículo 1º, numeral 10 del Decreto 3825 de 1985. SUSPENSION PROVISIONAL. Objeto de dicha medida cautelar. Notificación a la administración de los actos administrativos suspendidos provisionalmente. Consecuencias jurídicas de la notificación de suspensión provisional de actos administrativos antes del 6 de noviembre de 1985. Consecuencia de la declaratoria de terminación del juicio por abandono.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 113.

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

"El Gobierno Nacional, y teniendo en cuenta los funestos hechos acaecidos por la toma del Palacio de Justicia, con fundamento en sus facultades constitucionales expidió el Decreto 3825 de 1985, mediante el cual prescribió el procedimiento a seguir para la reconstrucción de procesos que cursaban en el honorable Consejo de Estado, en única instancia. Como quiera que en el análisis de los efectos de esta norma, han surgido diversas interpretaciones que tienen incidencia práctica en la gestión administrativa de este Ministerio, atentamente me permito solicitar el concepto de esa Corporación respecto de:

"a) Debe entenderse que los procesos de nulidad que cursaban en única instancia en el honorable Consejo de Estado el 6 de noviembre de 1985 siguieron teniendo vida jurídica y, por lo tanto, surtiendo todos los efectos legales? O, por el contrario, al desaparecer el respectivo expediente debe entenderse que en dicha fecha terminaron los procesos cuya reconstrucción no se solicitó?;

"b) La suspensión provisional de normas o actos administrativos que en ellos se hubiere decretado surte efectos ininterrumpidos una vez el proceso desapareció? O debe entenderse que la suspensión provisional perdió sus efectos desde el 6 de noviembre de 1985 y hasta la fecha de reconstrucción del proceso, si ésta se solicita?;

"c) Si se considera que la suspensión provisional continuó surtiendo efectos, cómo puede ser invocada y mediante qué medio de prueba?;

"d) Si los efectos de la suspensión provisional cesaron una vez desaparecido el proceso, debe entenderse que la norma o el acto suspendido recobra su vigencia mientras no sea reconstruido el proceso?;

"e) Bajo la misma premisa anterior, el hecho de decretarse la reconstrucción del proceso conlleva a que la suspensión provisional produzca efectos retroactivos, es decir al 6 de noviembre de 1985?

"O sus efectos se reinician en la fecha en que se decide la reconstrucción del proceso?;

"f) La terminación del proceso que se decreta por abandono del mismo, qué efectos produce si se encuentra suspendida provisionalmente una norma?".

La Sala considera:

1º Los juicios o procesos de única instancia que adelantaba el Consejo de Estado el 6 de noviembre de 1985, con fundamento en una acción de nulidad de un acto administrativo, no obstante haberse incinerado en los luctuosos acontecimientos de esa fecha, subsisten en la actualidad. El artículo 1º, letra a) del Decreto 3825 de 1985 dispuso que el demandante, directamente o mediante apoderado, puede solicitar su reconstrucción hasta el 30 de abril de 1986. Si ésta no se pidió hasta la fecha indicada, esos juicios o procesos aún tienen vigencia y, según el artículo 1º, número 10 del Decreto 3825 de 1985, "cualquiera persona podrá pedir que se decrete la terminación del proceso por abandono, siempre que acredite su interés, la existencia del proceso el 6 de noviembre de 1985 en el Consejo de Estado y su desaparición".

2º La suspensión provisional es una medida cautelar que tiene por objeto impedir la ejecución del acto administrativo cuestionado mientras la jurisdicción contencioso administrativa decide, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, si es o no válido. Se comunica a la administración, previa ejecutoria del auto que la disponga, mediante copia auténtica del mismo, para su debido cumplimiento. De manera que la copia auténtica del auto que la dispone, con la constancia de su ejecutoria, remitida a la Administración, demuestra la suspensión provisional de un acto administrativo.

Si en un juicio o proceso de única instancia, adelantado mediante acción de nulidad, el Consejo de Estado dispuso la suspensión provisional del acto acusado y comunicó la decisión a la Administración antes del 6 de noviembre de 1985, esa medida rige desde cuando fue obedecida y subsiste si —habiendo sido reconstruido el proceso— no fue levantada o sustituida por la sentencia ejecutoriada que decidiera la controversia; lo mismo sucede si aún no se ha declarado, mediante providencia ejecutoriada, terminado el juicio por abandono.

La providencia que declare terminado el juicio por abandono debería levantar, en consecuencia, la suspensión provisional. Pero si

omite esta disposición, por ser una medida cautelar accesoria al juicio, la suspensión provisional cesa en sus efectos al quedar en firme el auto que lo declare terminado por abandono.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

AUDITORES DE GUERRA.

1. ¿Qué son? (art. 371 del C. de J. P. M.).

2. Nombramiento y remoción.

3. Funciones.

4. Función excepcional como funcionarios de instrucción.

5. Clases de Auditores de Guerra. Grados y nomenclatura.

6. REMUNERACION PARA LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL, MINISTERIO PUBLICO, JUSTICIA PENAL MILITAR Y DIRECCIONES DE INSTRUCCION CRIMINAL. ¿Remuneración a los Auditores?

7. IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS. EXENCION EN MAGISTRADOS Y FISCALES DE TRIBUNALES. ¿Aplicación a los Auditores?

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 118.

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

"Acorde con el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, me permito dirigirme a esa Corporación, con el objeto de formular la siguiente consulta:

"Si el cargo de Auditor de Guerra, que no es mencionado en la Ley 75 de 1986 en forma explícita, puede beneficiarse del 25% como gastos de representación en igual forma que los Jueces de la República.

"Lo anterior, con el fin de aclarar el tratamiento fiscal aplicable a los mencionados Auditores de Guerra, según sugerencia efectuada por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales en Oficio número 8472 del 2 de abril del año en curso, fotocopia anexa, tramitado a este Ministerio por competencia.

"Para ilustración de esa Sala, me permito relacionar las siguientes normas:

"Decreto 0250 de 1958 (Código de Justicia Penal Militar)

"Artículo 357. 'Son funcionarios de Instrucción Penal Militar:

...f) Los Auditores de Guerra que, para casos especiales, designe el Ministro de Defensa, o el respectivo Juez de primera instancia'.

"Artículo 371. 'Los Auditores de Guerra son Asesores Jurídicos de los Jueces de primera instancia; deben rendir los conceptos que su respectivo superior les solicite; elaborar los proyectos y asesorar los Consejos de Guerra...'

"En materia salarial los Auditores de Guerra se encuentran asimilados a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, conforme a los Decretos extraordinarios 717 y 718 de 1978 y 191 de 1987".

La Sala considera:

1º Los Auditores de Guerra son, según el artículo 371 del Código de Justicia Penal Militar, "Asesores Jurídicos de los Jueces de primera instancia", de libre nombramiento y remoción del Ministerio de Defensa Nacional, encargados de elaborar y suscribir conceptos y proyectos que no son obligatorios. Excepcionalmente tienen el carácter de funcionarios de instrucción, conforme al artículo 357, letra f) del Código de Justicia Penal Militar, si para investigar casos especiales son designados como tales por el Ministerio de Defensa Nacional o por el correspondiente Juez de primera instancia.

2º Según el artículo 372 del Código de Justicia Penal Militar, existen tres clases de Auditores de Guerra: Superior, principal y auxiliar, que corresponden a los grados 19 y 17, respectivamente, de la nomenclatura de empleos prescrita por los Decretos 717 y 718 de 1978.

3º Los artículos 1º y 2º del Decreto 191 de 1987 contemplan la escala de remuneración para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Justicia Penal Militar y las Direcciones de Instrucción Criminal. Estas disposiciones unificaron la remuneración básica de los empleos clasificados en el mismo grado; pero, como es apenas obvio, mencionando separadamente las diferentes entidades y sin identificar o unificar las funciones correspondientes a las mismas las cuales conservan, por lo mismo, su carácter específico.

4º El artículo 35, numeral 7º de la Ley 75 de 1986 prescribe, en relación con el impuesto sobre la renta y complementarios, que para los Magistrados y Fiscales de los Tribunales la renta exenta es el 50% de su remuneración y que "para los Jueces de la República el porcentaje exento será del veinticinco por ciento (25%) sobre su salario".

La transcrita disposición comprende, según su claro tenor literal, a los Magistrados de los Tribunales y a los Jueces en sus diferentes grados.

Como los Auditores de Guerra no pueden asimilarse a ninguno de esos cargos específicos, es claro que el artículo 35, numeral 7º de la Ley 75 de 1986 no los comprende: Son asesores jurídicos, en la forma indicada de los Jueces de primera instancia de la Justicia Penal Militar.

Sin embargo, como pueden ser designados funcionarios de instrucción, de conformidad con el artículo 357, letra f) del Código de Justicia Penal Militar, cuando desempeñen estas funciones la correspondiente remuneración queda comprendida, para los efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, por el artículo 35, numeral 7º de la Ley 75 de 1986, porque en tal hipótesis asumen el carácter de Jueces; esto significa que en este caso está exento, para los fines indicados, el 25% de la remuneración.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SOCIEDADES COMERCIALES. CONSTITUCION Y EXISTENCIA.

1. Prueba bajo el imperio del artículo 40 de la Ley 28 de 1931.

2. Decreto-ley 410 de 1971. Artículo 81 (C. de Co.). CAMARAS DE COMERCIO. Representante legal.

3. La función atribuida al Secretario por el artículo 89 del Código de Comercio no es la de autorizar la firma del Presidente de la Cámara de Comercio, respecto de certificados que lleven la firma de éste, sino directamente la de autorizar tales certificados.

4. La EXISTENCIA Y REPRESENTACION de la sociedad comercial así como las cláusulas del contrato y sus reformas se PRUEBAN CON CERTIFICACION DE LA CAMARA DE COMERCIO DEL DOMICILIO principal (C. de Co., arts. 117 y 166, relacionados con el art. 86, ordinal 3º). La función de autorizar el CERTIFICADO respectivo corresponde al Secretario; si hubiere más de uno se procederá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento interno aprobada por el Superintendente de Industria y Comercio (arts. 86, ordinal 10 y 89).

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre los certificados que expiden las Cámaras de Comercio. Radicación número 117.

El señor Ministro de Desarrollo Económico formula, en síntesis, la siguiente consulta:

> El Gobierno desea conocer el juicio de esa honorable Sala, en relación con la interpretación del artículo 89 del Código de Comercio a fin de establecer si la sola firma de los Secretarios de las Cámaras de Comercio en los certificados que ellas expiden, autoriza tenerlos como medio legal de prueba suficiente.

La Sala considera:

Exigía el artículo 40 de la Ley 28 de 1931 que para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, era menester un certificado firmado "por el Presidente y el Secretario" de la respectiva Cámara de Comercio.

La anterior disposición rigió hasta cuando entró en vigencia el nuevo Código de Comercio (Decreto-ley 410 de 1971), o sea el 1º de enero de 1972.

El Código de Comercio fue explícito al preceptuar: "Este Código regula íntegramente las materias contempladas en él" (art. 2033).

Significa lo anterior que el Decreto-ley 410 de 1971 constituye un verdadero Código sobre la materia mercantil, en el cual se regula lo concerniente a los comerciantes, los asuntos de comercio, las sociedades comerciales, los bienes mercantiles, los contratos y las obligaciones de tal naturaleza, la navegación aérea y marítima y los procedimientos acerca del concordato preventivo, la quiebra, el arbitramento y la actuación de expertos o peritos.

En su artículo 89, el Código de Comercio dispuso:

> Toda Cámara de Comercio tendrá uno o más Secretarios, cuyas funciones serán señaladas por el reglamento respectivo. El Secretario autorizará con su firma todas las certificaciones que la Cámara expida en el ejercicio de sus funciones.

El consultante menciona que ha habido dos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Sala Civil, uno en el año de 1980 y otro en 1987, de los cuales se deduce que como la representación legal de las Cámaras de Comercio corresponde a sus respectivos Presidentes, es a estos a quienes se confiere la atribución de certificar acerca de la existencia y representación de las sociedades. Y no al Secretario, empleado a quien corresponde únicamente autorizar con su firma dichas certificaciones, según la inteligencia del artículo 89.

La cita jurisprudencial que transcribe el consultante, termina afirmando lo siguiente:

> Con arreglo a estas normas (alude a los arts. 78, 86-3 y 89 del C. de Co.), en el caso de las certificaciones de la Cámara de Comercio ha de procederse de la misma manera como lo ordena el Código de Procedimiento Civil ya que según el artículo 146 (sic) es el Juez quien puede certificar, no el Secretario.

En razón de la interpretación anterior, el Gobierno ve con preocupación —afirma el consultante— que los certificados de existencia y representación de las sociedades comerciales que las Cámaras de Comercio han expedido desde la fecha de vigencia del actual Código de Comercio, o sea con la sola firma del Secretario de la respectiva entidad, puedan carecer de eficiencia jurídica.

Conviene, entonces, hacer las siguientes precisiones:

1º El Código de Comercio es un ordenamiento jurídico que regula íntegramente la materia en él contenida y dispone de principios y soluciones que se acomodan a su método y características. Por tanto, no resulta pertinente resolver los asuntos que plantea, o interpretar sus disposiciones, con criterios que corresponden a otra regulación jurídica.

2º La ley puede disponer lo que estime conducente, o más ágil o más práctico, en materia de certificaciones. Sin desmedro de la seguridad jurídica, establece en el Código de Procedimiento Civil que los Jueces pueden expedir certificaciones sobre la existencia de procesos, la ejecución de resoluciones judiciales, y sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones de que no haya constancia escrita (*ibidem* art. 116), y los secretarios judiciales, autenticar copias de escritos o documentos (*ibidem* 196); y podría también el Código de Comercio disponer que la aptitud legal para certificar sobre los actos y documentos inscritos en el registro mercantil, compete al Presidente, o al Secretario, o a dichos empleados obrando en forma conjunta.

3º La disposición proveniente de la Ley 28 de 1931 y que rigió hasta el 1º de enero de 1972, en el sentido de que era mediante un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de las Cámaras de Comercio como se acreditaba la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, no fue reproducida por el legislador extraordinario al expedir el nuevo Código de Comercio. Por el contrario, y obedeciendo a un criterio más práctico, dada la multiplicidad de certificaciones que diariamente expiden las Cámaras de Comercio, especialmente en las principales ciudades del país, prefirió asignar al respectivo Secretario o Secretarios la competencia para *autorizar* con su firma las certificaciones que la Cámara expida en ejercicio de sus funciones.

4º Ciertamente que la representación legal de las Cámaras de Comercio corresponde al respectivo Presidente (C. de Co., art. 78). Pero esta representación no significa, por sí sola y máxime cuando hay una disposición expresa en contrario, que sea a él a quien competa certificar acerca de los asuntos de competencia de las Cámaras y que se hallan inscritos en el registro mercantil. El artículo 86 asigna a las Cámaras de Comercio y no a sus presidentes, entre otras funciones, la de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, "como se prevé en este Código" (ordinal 3º), y el artículo 89 sirve de complemento, al preceptuar que las funciones del Secretario o Secretarios de las Cámaras de Comercio serán señaladas en el reglamento respectivo, siendo este empleado el llamado a autorizar con su firma dichas certificaciones.

5º Enseñan las normas de interpretación que con valor y alcances generales están contenidas en el Código Civil, que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (art. 28). Pues bien: La función atribuida al Secretario por el artículo 89 del Código de Comercio no es la de autorizar la firma del Presidente de la Cámara de Comercio, respecto de certificados que lleven la firma de éste, sino directamente la de autorizar tales certificados.

El verbo *autorizar*, según el Diccionario de la Lengua Española, tiene el significado de "Dar fe en un documento", "Confirmar, comprobar una cosa con autoridad", "Aprobar o abonar", acepciones todas ellas que denotan una aptitud legal propia para expedir la respectiva certificación, vocablo este último que a su vez se refiere al "instrumento en que se asegura la verdad de un hecho".

6º Una certificación distinta, la que se refiere a la exactitud de la reproducción tomada de los archivos del registro mercantil, sí la defiere la ley expresamente al Presidente y al Secretario de la respectiva Cámara de Comercio (C. de Co., art. 43 inciso 2º).

Por lo anteriormente expuesto la Sala concluye:

La existencia y representación de la sociedad comercial, así como las cláusulas del contrato y sus reformas, se prueban con certificación de la Cámara de Comercio del domicilio principal (C. de Co., arts. 117 y 166, relacionados con el art. 86, ordinal 3º). La función de autorizar el certificado respectivo, corresponde al Secretario; si hubiere más de uno, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento interno aprobado por el Superintendente de Industria y Comercio (arts. 86, ordinal 10, y 89).

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PROTECCION A LA INDUSTRIA Y AL TRABAJO NACIONALES.

1. Aplicabilidad de las normas de protección a la industria y al trabajo nacionales (Título X del Decreto ley 222 de 1983) a los contratos de empréstito externo suscritos entre un Municipio y una entidad financiera internacional de carácter público.

2. Entidades nacionales obligadas a prestar la debida protección. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LOS MUNICIPIOS. Normas sobre contratación. Regulación contenida en el ESTATUTO BASICO DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL (Ley 11 de 1986). LICENCIAS DE IMPORTACION QUE SOLICITE EL ORGANISMO MUNICIPAL PRESTATARIO AL INCOMEX.

CONVENIOS "CONTRATOS". Concepto.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación número 121. Consulta sobre la aplicabilidad de las normas de protección a la industria y trabajo nacionales (Título X del Decreto-ley 222 de 1983), en los contratos de empréstito externo suscritos entre un Municipio y una entidad financiera internacional de carácter público.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Fuad Char Abdala, en ejercicio de las atribuciones que para el Gobierno se desprenden de los artículos 141-1 de la Constitución Nacional y 98-2ª del Código Contencioso Administrativo, formula a la Sala la siguiente consulta:

1. Es aplicable el Título X del Decreto 222 de 1983 al procedimiento contractual que adelante una entidad territorial del orden municipal en desarrollo de un contrato de empréstito externo suscrito con una entidad financiera internacional de carácter público —tal como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial—, siendo la Nación garante del préstamo, cuando en el citado contrato se estableció un procedimiento para las licitaciones internacionales, según el cual debe permitirse el acceso de todos los proveedores y

bienes originarios de los países integrantes del prestamista y se precisa que la legislación colombiana aplicable, rige en los aspectos no previstos en él?

2. En caso afirmativo, debe el Incomex negar las licencias de importación que le solicite el organismo municipal prestatario, cuando en el proceso de sus licitaciones internacionales no cumplió las disposiciones y términos perentorios establecidos en el Título X del Decreto 222 de 1983, que permiten al mismo Incomex diseñar la adecuada desagregación tecnológica del proyecto, en defensa de la producción y el trabajo nacionales, teniendo en cuenta que como se precisa en el primer cuestionamiento, el procedimiento de tales licitaciones previsto en el contrato de empréstito, no estipula ningún trámite especial para la citada defensa pero sí la vigencia de la ley colombiana en los aspectos no previstos?

3. Puede catalogarse el contrato de empréstito externo suscrito entre la entidad municipal y la entidad financiera internacional de carácter público —avalado por la Nación— como un "convenio tratado" o como un "convenio contrato" sujeto en este último caso a las disposiciones de la contratación administrativa y en uno u otro caso, cuál sería el alcance o dimensión de la salvedad a la protección de la industria y el trabajo nacionales, que contempla el artículo 286 del Decreto 222 de 1983?

La Sala considera:

Siguiendo el criterio establecido en las últimas décadas por el legislador ordinario, el Estatuto de Contratación Administrativa expedido en el año de 1983 por el Gobierno, obrando en calidad de legislador extraordinario (Decreto-ley número 222), reservó su Título X a la regulación de la protección a la industria y trabajo nacionales.

Pero cuáles son las entidades públicas obligadas a prestar la debida protección a la industria y al trabajo nacionales en las contrataciones que realicen?

Las entidades a que se refiere el Estatuto Contractual, son las siguientes:

a) La Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos);

b) Los establecimientos públicos del orden nacional;

c) Las Superintendencias, cuando celebren contratos por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas;

d) Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social, respecto de las normas que el Decreto-ley 222 de 1983 consigna sobre contratos de empréstito y de obras públicas "y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades". Y,

e) Los Departamentos y Municipios, entidades territoriales que se rigen por el mismo Estatuto en lo relacionado con tipos de con-

tratos, su clasificación, efectos, responsabilidad y los principios generales desarrollados en el Título IV.

Por otra parte, el Estatuto Básico de la Administración Municipal, expedido mediante la Ley 11 de 1986, contiene un Título, el IX, cuya denominación genérica es la de "Contratos". Allí, en tres artículos distinguidos con los números 47, 48 y 49, se definen los criterios fundamentales acerca del régimen contractual de los Municipios así como de sus establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta municipales en las que la participación oficial sea o exceda del noventa por ciento (90%) del capital social.

La Ley 11 de 1986 sometió a la ley los contratos que celebren los Municipios en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, efectos, responsabilidad de los funcionarios y contratistas (art. 47). Y en el artículo 48 dispuso de manera general:

> Mientras el Congreso expide las normas sobre contratación a que se refiere el artículo anterior, regirán en los Municipios las disposiciones legales vigentes para la Nación y sus entidades descentralizadas.

De manera específica, en relación con los *contratos de empréstito*, la citada ley preceptuó lo siguiente:

> Los contratos de empréstito que celebren los municipios y sus entidades descentralizadas, se someten a los requisitos y formalidades que señale la ley, y los que sólo se refieren a créditos internos que se celebren con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, no requerirán para su validez la autorización previa o la aprobación posterior de ninguna autoridad departamental o nacional (*ibidem*, art. 49).

De la exposición de las normas anteriores se desprende con suficiente claridad que el Decreto-ley 222 de 1983 se aplica en lo pertinente a los contratos que celebren los municipios, en virtud de la disposición extensiva contenida en el inciso final de su artículo 1º, así como por la expresa referencia que hace la Ley 11 de 1986. En consecuencia, los municipios están sujetos al mencionado Estatuto Contractual para efectos de proteger a la producción industrial y la oferta de servicios nacionales, en aspectos tales como los siguientes:

—La prohibición de excluir a los productores de bienes u oferentes de servicios, de origen nacional, en la presentación de propuestas.

—El apoyo a la pequeña y mediana industria nacional, mediante la entrega de un anticipo no inferior al 25% del valor del contrato de adquisición de bienes muebles.

—La apertura de licitación en la que puedan ofrecerse bienes de origen extranjero, previa información del Incomex acerca de si los bienes que se piensa adquirir se producen, total o parcialmente, en el país.

—La desagregación tecnológica, de manera que puedan abrirse varias licitaciones, en el estudio de los proyectos de inversión que puedan implicar la contratación de bienes de procedencia extranjera.

—El componente nacional mínimo que debe incluir toda oferta de bienes extranjeros.

—La comparación de valores y de propuestas.

—La preferencia dada, en igualdad de condiciones entre las ofertas de proponentes extranjeros y de productores nacionales, respectivamente a aquella que tenga mayor componente nacional o mayor valor agregado nacional.

Conviene señalar, además, que con características de "ley marco" expidió el Congreso la Ley 48 de 1983, en la cual están contenidas las normas generales a que el Gobierno debe sujetarse para regular aspectos del comercio exterior con Decreto 1356 de 1984, precisamente sobre "protección a la industria y al trabajo nacionales". Su artículo 1º incluye a los municipios, junto con los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, y las entidades descentralizadas de los mismos, entre los organismos institucionales llamados a dar preferencia a la industria nacional.

Existen, pues, disposiciones de carácter legal que vinculan al régimen contractual de las entidades públicas para efectos de asegurar la protección a la industria y al trabajo nacionales, en la forma que las mismas normas contemplan. En caso de incumplimiento, el artículo 286 del Decreto 222 de 1983 prevé una sanción respecto de los contratos de empréstito que las citadas entidades proyecten celebrar para financiar las respectivas adquisiciones: Consisten en que no se autorizarán o aprobarán dichos contratos, ni se aprobarán las licencias de importación. Sin embargo, el citado artículo establece dos excepciones, en las cuales se estará a las estipulaciones correspondientes:

1ª Convenios suscritos con entidades gubernamentales de crédito de otros países; y

2ª Convenios suscritos con instituciones financieras internacionales de carácter público.

En ambas circunstancias, los "convenios-contratos" que surgen de la relación jurídica con la entidad extranjera, ya sea ésta un ente crediticio gubernamental o una institución financiera de carácter público, pueden estipular lo que estimen procedente en relación con la materia de que se trata y, por este medio, desligarse en forma total o parcial de las normas existentes en Colombia para la protección a la industria y la oferta de servicios nacionales. En caso de silencio, se entenderá que las prescripciones de la ley colombiana conservan su vigencia.

Así que si en un contrato de empréstito externo suscrito entre una entidad territorial del orden municipal y una entidad financiera internacional de carácter público (que es el caso contemplado en la consulta), se establece un procedimiento para la licitación internacional, según el cual debe permitirse el acceso de todos los proveedores y bienes originarios de los países integrantes del prestamista y se precisa

que la legislación colombiana aplicable rige en los aspectos no previstos en él, entonces el significado de la estipulación es precisamente el de acogerse al régimen de "libre acceso" de proveedores de bienes y, por tanto, dicha estipulación representa una excepción al régimen proteccionista de la industria nacional. El principal cuerpo fundamento jurídico es justamente el artículo 286 del Decreto ley 222 de 1983.

En consecuencia, y de esta manera se responde al aparte número 2 de la consulta, el Incomex no debiera negar las licencias de importación que le solicite el organismo municipal mencionado. Es cierto que en el caso propuesto la Nación es garante del préstamo y que, por regla general, cuando se trata de licitación en la que puedan ofrecerse bienes de origen extranjero, resulta imprescindible obtener del Incomex información acerca de si los bienes que se proponía adquirir se producen, total o parcialmente, en el país, y por este medio dar cabida al precepto denominado la desagregación tecnológica de los proyectos de inversión de manera que puedan abrirse varias licitaciones.

Pero debe entenderse que las dos excepciones que contempla el artículo 286 del Decreto-ley 222 de 1983 (convenios celebrados con entidades gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales, de un lado, y, por otro, contratos internacionales que conduzcan a eludir o evadir el cumplimiento de las normas de protección a la industria y el trabajo nacionales.

El proceso de desagregación tecnológica dirigido a descomponer los proyectos de inversión es susceptible de regir, por tanto, en los convenios con entidades financieras internacionales de carácter privado y, también, en los que se pretenda celebrar con entidades financieras internacionales de carácter público o entidades gubernamentales de crédito de otros países, cuando los mismos no vayan hasta las prescripciones contenidas en el Título X del Decreto ley 222 de 1983 y en el Decreto 1336 de 1984.

Las anteriores consideraciones permiten responder el punto tercero de la consulta: Los contratos celebrados por los municipios con entidades financieras internacionales de carácter público pueden ser [illegible] la contratación administrativa (con la salvedad que señala el artículo 286 del Decreto ley 222 de 1983), lo son mas no "convenios tratados", si así pudiera denominarse para la celebración de tratados, o de convenios en sentido estricto, esto es, los regidos por el derecho internacional, en razón de reserva de ley, al Congreso colombiano o al Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado y director de las relaciones internacionales (Art. 189 numeral 2 Constitución Nacional, artículo 120 numeral 20), debiendo someter los respectivos tratados o convenios a la aprobación del Congreso (*ibidem*, art. 76, numeral 18).

Cabría una última consideración: Dispone el artículo 28 del Decreto 1356 de 1981 que cuando se trate de convenios suscritos por las entidades descentralizadas nacionales, la Superintendencia Bancaria, y sus entidades descentralizadas con entidades gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de

carácter público, se procederá de acuerdo a lo previsto en el artículo 23 del mismo decreto, que textualmente señala lo siguiente:

> En circunstancias especiales, cuya calificación corresponderá al Consejo de Ministros, éste podrá eximir a las entidades enumeradas en el artículo 1º, del cumplimiento de las normas establecidas en el presente decreto.

Con todo, el Decreto 1356 de 1984 fue dictado por el Gobierno en desarrollo de una ley marco sobre comercio exterior (la 48 de 1983) y, como tal, carece de aptitud jurídica para desvirtuar lo previsto en la Ley 11 de 1986, artículos 48 y 49 y en un decreto con fuerza de ley como es el 222 de 1983, cuyo artículo 286 establece, como se ha explicado, una salvedad con respecto a las normas de protección a la industria y el trabajo nacionales, cuando remite a las estipulaciones contenidas en convenios suscritos con entidades gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público.

La Sala deja así absuelta la consulta y ordena su remisión, en sendas copias auténticas, al Ministerio de Desarrollo Económico y la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONGRESISTAS. INCOMPATIBILIDADES.

1. El régimen de incompatibilidades de los Congresistas es específico y especial, derivado directamente del artículo 110 de la Constitución Nacional y en nada es asimilable con el de los empleados públicos del orden nacional pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público. La prohibición constitucional, proveniente de la investidura de miembro del Congreso, es rotunda y absoluta en el sentido de prohibirles "la celebración de contrato alguno", con la administración pública. INCOMPATIBILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTACION DE SERVICIOS POR CATEDRA.

2. INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONGRESISTAS EXTENSIVAS A LOS DIPUTADOS, CONCEJALES Y CONSEJEROS INTENDENCIALES Y COMISARIALES (Ley 11 de 1973).

3. PERSONAL DOCENTE. TIEMPO COMPLETO, PARCIAL Y DE CATEDRA. Clasificación. Decreto-ley 80 de 1980. Naturaleza de esos docentes. El artículo 113 ibidem *prescribe que "salvo lo expresamente previsto en esas normas, las INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS del orden nacional se aplicarán a los docentes de tiempo completo y tiempo parcial". ASIGNACIONES DEL TESORO PUBLICO. Excepción a la no "doble asignación" (Decreto-ley 1042 de 1978, art. 32).*

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Educación Nacional, en relación con las inhabilidades e incompatibilidades de los parlamentarios para contratar como docentes de cátedra en una universidad pública del orden nacional. Radicación número 124.

El Ministro de Educación Nacional, doctor Antonio Yepes Parra, formula a la Sala la siguiente consulta, previas las consideraciones que a continuación se exponen:

Fundamentos de la consulta:

1º El artículo 98 del Decreto 80 de 1980 establece la facultad para las universidades de celebrar contratos administrativos de prestación de servicios docentes.

2ª El artículo 113 de la misma norma prescribe "salvo lo expresamente previsto por este decreto, las inhabilidades e incompatibilidades de los empleados públicos del orden nacional se aplicarán a los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial".

El artículo 3º del Decreto 2019 consagra: "Por su carácter docente y de conformidad con lo prescrito en el ordinal b) del artículo 32 del Decreto extraordinario 1042 de 1978, los contratos a que se refiere este decreto pueden ser celebrados por los empleados públicos siempre y cuando no se afecte la prestación regular de su trabajo..."

La Ley 11 de 1973, en su artículo 1º señala: "Los Senadores y Representantes principales, desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura por vencimiento del período para el cual fueron elegidos, así como los suplentes que hubieren ejercido el cargo durante el tiempo de dicho ejercicio, no podrán:

"a) Celebrar por sí mismos o por interpuesta persona contratos de *ninguna clase* (se destaca) con la Administración Pública ni con los institutos o empresas oficiales ni con aquellas en las cuales la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios tengan capital superior al cincuenta por ciento (50%);

"b ....."

La misma Ley 11 en su artículo 2º, fija las excepciones a la norma, las cuales son taxativas y no admiten diferente interpretación.

De las anteriores normas surgieron diversos conceptos en relación con la viabilidad legal para que los Senadores y Representantes, celebraran contrato de prestación de servicios docentes con la Universidad del Cauca.

Frente a los criterios encontrados, es nuestro deseo que sea el honorable Consejo de Estado, Corporación de renombrada autoridad, quien conceptúe sobre lo siguiente:

1º Es posible legalmente que la Universidad del Cauca, establecimiento público del orden nacional, vincule mediante contrato de prestación de servicios docentes a congresistas y parlamentarios?

2º Es aplicable el literal a) del artículo 1º de la Ley 11 de 1973; para los Senadores y Representantes cuando celebran contrato administrativo de prestación de servicios docentes?

3º En qué forma debe interpretarse el artículo 113 del Decreto 80 de 1980? Desaparece la inhabilidad o incompatibilidad para los Senadores y Representantes por cuanto la norma citada no contempla a los docentes vinculados mediante contrato administrativo de prestación de servicios?

La Sala considera y responde:

1º En relación con el tema de las incompatibilidades para contratar de los Senadores y Representantes principales, y de los suplentes que hayan ejercido el cargo, el artículo 110 de la Constitución Nacional prescribe: "Los Senadores y Representantes principales, desde el mo-

mento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura por vencimiento del período constitucional para el cual fueron elegidos. *no podrán hacer por sí ni por interpuesta persona, contrato alguno con la administración pública*; ni gestionar en nombre propio o ajeno negocios que tengan relación con el gobierno de la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios, ni ser apoderados o gestores ante las entidades oficiales y descentralizadas. Esta prohibición es extensiva a los suplentes que hayan ejercido el cargo. *La ley determinará las excepciones a la regla anterior*" (subrayas de la Sala).

Prohíbe la norma constitucional en forma rotunda y absoluta, la celebración de cualquier clase de contrato con la administración pública a los congresistas principales y suplentes, siempre que estos últimos hubieren ejercido el cargo, sólo mediante excepción expresa prevista en la ley y para los casos específicos que ella contemple, permite el constituyente que los miembros del Congreso Nacional puedan celebrar contratos con aquella. Las excepciones deben interpretarse en forma restrictiva y su existencia tiene carácter taxativo.

2º La Ley 11 de 1978 expedida con fundamento en el último párrafo del artículo 110 de la Constitución Nacional, señala el régimen de incompatibilidades de los Congresistas, extensivo a los Diputados, Concejales y Consejeros intendenciales y comisariales al igual que las excepciones a dicho régimen. El artículo primero de la ley en mención repite básicamente el contenido de la norma constitucional, al paso que el artículo 2º señala las excepciones a la prohibición absoluta de contratar con la administración pública. Prescriben las normas legales lo siguiente:

"Artículo 1º Los Senadores y Representantes principales, desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura por vencimiento del período para el cual fueron elegidos, así como los suplentes que hubieren ejercido el cargo durante el tiempo de dicho ejercicio, no podrán:

"a) Celebrar por sí mismos o por interpuesta persona *contrato de ninguna clase con la Administración Pública*, ni con los institutos o empresas oficiales ni con aquellas en las cuales la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios tengan capital superior al cincuenta por ciento (50%);

"b) Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la Administración Pública;

"c) Intervenir en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos fuera del ejercicio de sus funciones, donde tengan interés la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios y las entidades oficiales o semioficiales;

"d) Ser apoderado o gestores ante entidades o autoridades administrativas en sus distintos niveles".

Las prohibiciones anteriores comprenden a los Diputados, Consejeros intendenciales y comisariales en relación con el respectivo Departamento, Intendencia o Comisaría y los Municipios que lo integran, y a los Concejales en relación con el respectivo Municipio, desde el

momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura" (subrayas de la Sala).

"Artículo 2º Lo anterior no obsta para que los Senadores, Representantes, Diputados, Consejeros intendenciales y comisariales y Concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado actuar en los siguientes asuntos:

"a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan interés;

"b) Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y multas que graven a las mismas personas;

"c) Usar los bienes o servicios y celebrar los contratos que las entidades oficiales, los institutos descentralizados y las sociedades de economía mixta ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten;

"d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público y ante lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, los congresistas principales o los suplentes durante el ejercicio de su cargo no podrán ser apoderados y defensores ni peritos en los procesos de toda clase que afecten intereses fiscales o económicos de la Nación, los Departamentos, las intendencias, las Comisarías o los Municipios, los institutos descentralizados y las empresas de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento del capital.

"En los juicios de sucesión y en las insinuaciones de donación, la prohibición anterior sólo se refiere a los incidentes que se susciten dentro de ellos por la fijación de los impuestos respectivos;

"e) Actuar como apoderado de los Municipios o de los institutos o empresas dependientes de estos en asuntos judiciales o administrativos, siempre y cuando que la gestión no sea remunerada".

De las normas transcritas se infiere claramente, sin lugar a dudas, que los congresistas no pueden celebrar contrato alguno con la administración pública salvo en los casos específicos y taxativamente señalados en el artículo 2º de la Ley 11 de 1973.

3º El Decreto-ley 80 de 1980 regula el sistema de educación postsecundaria y en su artículo 93 clasifica los docentes como de tiempo completo, de tiempo parcial y de cátedra. Para el caso consultado importa señalar que estos últimos son los que dictan en las instituciones oficiales (art. 91) menos de diez horas semanales de cátedra o lectiva. El artículo 93 del Decreto mencionado establece que los docentes de cátedra no son empleados públicos, ni trabajadores oficiales y su vinculación a la respectiva institución se hará mediante contrato administrativo de prestación de servicios, los cuales no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbran entre particulares. Si bien la ley califica expresamente el contrato de prestación de servicios docentes como administrativo, lo exime de todas aquellas estipulaciones propias de tal régimen haciendo únicamente exigible para su perfeccionamiento el registro presupuestal correspondiente.

de los
ca,
sto
ales-
tiempo

Por
ículo 98
y de
ículo 1º del
fiere
ma-
fija
los
ación

ley 80 de 1980
os
ales
con
os de
ni la
Estatuto.

ñalar que los
y cuando
ho específico, no
ículo 92 del
a
ento
ignación y
lecciones
que les
os con
el hora-
los cargos.

que el legislador
ferido y de tiempo
ibles el mismo
para los
Decreto-ley
80 de 1980".

ículo 8º del Decreto-ley
ejercer el
como
que por
tales servicios
en la
prohibición del artículo 84 de la Constitución.

Sin embargo, [illegible] a la prohibición de percibir doble remuneración prevista en el artículo 84 del Decreto-ley

1042 de 1978 y no del decreto reglamentario en mención, ya que éste lo que hace es repetir la excepción de orden legal contenida en aquél. Mal podría una norma de índole reglamentaria abrogarse una función atribuida expresamente por el constituyente al legislador en el artículo 64 de la Constitución sin violar directa y flagrantemente la Carta Constitucional.

4º El hecho de hacer extensivo a los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial, el mismo régimen de inhabilidades de los empleados públicos del orden nacional y permitir a quien tenga la calidad de empleado público la posibilidad de percibir ingresos como docente de cátedra *son regulaciones autónomas del estatuto docente que por ninguna parte autorizan a un miembro del Congreso de la República a celebrar el contrato administrativo de prestación de servicios docentes con universidades que tengan el carácter de entidades públicas.*

El régimen de incompatibilidades de los congresistas es específico y especial, derivado directamente del artículo 110 de la Constitución Nacional y en nada es asimilable con el de los empleados públicos del orden nacional pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público y ya se vio en los puntos primero y segundo de esta respuesta, que la prohibición constitucional, proveniente de la investidura de miembro del Congreso, *es rotunda y absoluta en el sentido de prohibirles la celebración de contrato alguno con la administración pública*; dentro de las excepciones que el constituyente autoriza al legislador establecer en relación con dicha incompatibilidad no aparece alguna en el artículo 2º de la Ley 11 de 1973 que permita la celebración de tales contratos por parte del miembro del Congreso de la República.

Así las cosas, los Senadores y Representantes principales y los suplentes que hayan ejercido el cargo no pueden celebrar el contrato administrativo de prestación de servicios docentes por cátedra con ningún ente de educación superior cuando éste detente la calidad de entidad pública.

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

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SOCIEDADES COMERCIALES.

1. Disolución: Causales. Formalidades (arts. 219 y 220 del C. de Co.). DECLARACION DE GUERRA O DECISION DE AUTORIDAD COMPETENTE.

2. Procedimiento después de la disolución. OBJETO SOCIAL. Prohibición de ejercer el objeto social a una Sociedad Comercial en liquidación. Responsabilidad. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Licencias y vigilancia sobre las personas naturales o jurídicas dedicadas a la actividad de CONCURSOS HIPICOS, DEPORTIVOS Y SIMILARES. Requisitos para el otorgamiento de licencias.

CONSORCIOS EN EL DERECHO COLOMBIANO.

1. Antecedente mediato (Decreto ley 150 de 1976. arts. 3, 4 y 5).

2. Decreto-ley 222 de 1983, artículos 3, 4, 5 y 6.

3. ¿Qué genera el consorcio?

4. Finalidad.

5. ¿Crea otra persona jurídica?

6. Término de declaración.

7. Integrantes.

8. Responsabilidad.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Formulada por el Ministro de Desarrollo Económico, sobre la realización de eventos hípicos. Radicación número 128.

El señor Ministro de Desarrollo Económico Fuad Char Abdala, formula a la Sala la siguiente consulta, previas las consideraciones que a continuación se exponen:

Fundamentos de la consulta:

Son las siguientes:

El día 3 de enero de 1987 venció la licencia concedida por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio a una sociedad limitada, para realizar eventos hípicos y efectuar concursos de apuestas con base en los resultados de carreras de caballos.

El 30 de diciembre de 1986 se solicitó por parte del representante legal de la referida sociedad la renovación de la licencia de funcionamiento petición que fue negada por la Superintendencia en razón a que la sociedad se hallaba disuelta y en estado de liquidación, no pudiendo por tanto, ejercer su objeto social en los términos del artículo número 222 del Código de Comercio.

El 24 de diciembre del año pasado el liquidador de la sociedad, comunicó a la Superintendencia de Industria y Comercio que a partir de enero de 1987, una sociedad de hecho sería la encargada de manejar las apuestas del concurso hípico y solicitó se expidiera la correspondiente resolución de autorización para tal efecto a la mencionada sociedad. Por oficio del 26 de enero de 1987 la Superintendencia, de acuerdo con lo previsto en los artículos número 222 y número 499 del Código de Comercio, y demás atribuciones legales consideró improcedente tal petición.

Con posterioridad a estos hechos, dos sociedades de responsabilidad limitada y un consorcio, integrado por las mismas sociedades, solicitaron a la Superintendencia mediante oficio del 21 de abril pasado, se otorgara licencia de funcionamiento a cada una de estas empresas para que cualquiera de ellas en forma independiente pudiera efectuar concursos de apuestas, con base en los resultados de carreras de caballos. La entidad mediante Resolución número 908 del 5 de mayo de 1987, otorgó la respectiva licencia de funcionamiento a las sociedades de responsabilidad limitada debidamente constituida, sin atender la solicitud de licencia para el consorcio, toda vez que éste por no ser una sociedad legalmente constituida, no es persona jurídica en los términos del artículo 499 del Código del Comercio.

De particular importancia para el caso en estudio, es lo preceptuado por el artículo 23 del Decreto número 149 de 1976, orgánico de la Superintendencia que en su literal k) consagra como funciones del Superintendente Segundo Delegado la de "conceder licencia de funcionamiento a las personas naturales o jurídicas para la realización de los eventos que sirvan de base a los concursos hípicos, deportivos y similares". Así mismo, el literal f) del artículo 35 del referido Decreto 149, establece como funciones de la sección de concursos hípicos la de "tramitar y estudiar las solicitudes de licencia de funcionamiento para realizar los eventos que sirvan de base a los concursos, presentados por personas naturales o jurídicas...". En torno a la situación planteada les formulo en la forma comedida la siguiente consulta:

1. Puede una sociedad disuelta y en proceso de liquidación, al tenor de lo establecido por el artículo 222 del Código de Comercio, obtener licencia o renovación de la misma para realizar eventos y apuestas hípicas?

2. Puede un consorcio, establecimiento de comercio matriculado en la Cámara de Comercio correspondiente, de propiedad de dos sociedades limitadas legalmente constituidas, manejar las apuestas del Hipódromo de los Andes y obtener para tal fin licencia de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, en atención a lo dispuesto por los artículos 23 y 35 del Decreto número 149 de 1976?

La Sala considera y responde:

La Sala procede a responder las preguntas formuladas en el mismo orden en que han sido planteadas:

1. Hace referencia la primera pregunta al ejercicio del objeto social por parte de una sociedad disuelta y en liquidación.

En relación con el tema, el Capítulo IX del Título I del Libro Segundo del Código del Comercio, trata sobre la disolución de las sociedades comerciales y en el artículo 218 establece las causales de disolución de estas, importa destacar para efectos del tema, que sólo la causal que hace referencia al vencimiento del término previsto para su duración en el contrato social opera *ipso jure*, sin necesidad de formalidad alguna y en ese momento la sociedad queda disuelta y debe procederse a su liquidación. Unicamente se evita la ocurrencia de tal causal de disolución, cuando el término de duración *fuere prorrogado válidamente* antes de su expiración.

Sin embargo en relación con las demás causales de disolución, deben cumplirse algunas formalidades exigidas por los artículos 219 y 220 del Código del Comercio. Así, si la disolución proveniere de decisión de los asociados, deberá someterse a las reglas previstas para la reforma del contrato social.

Cuando la disolución proveniere de la declaración de quiebra o de la decisión de autoridad competente (Vr.g. decisión de la Superintendencia de Sociedades con base en el artículo 221 del C. de Co), la copia de la correspondiente providencia se registrará en la forma y con los efectos previstos para las reformas del contrato social.

Ahora bien, cuando la disolución proveniere de causal distinta a las anteriormente señaladas, los socios deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva y deberán dar cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del contrato social; en otras palabras, debe reducirse a escritura pública y registrarse en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio social y obtenerse el permiso previo de la Superintendencia de Sociedades para aquellas sometidas a su vigilancia, conforme lo enseñan los artículos 158 y 159 del Código de Comercio.

Disuelta la sociedad conforme lo prevén las disposiciones legales, debe de procederse inmediatamente a su liquidación y quedan vedados todos aquellos actos y operaciones que impliquen desarrollo de su objeto social. Así las cosas, los actos y operaciones que celebre una sociedad en liquidación deben estar directamente relacionados con esta, sin que pueda argumentarse que el permitirle desarrollar su

objeto social beneficiaría su liquidación, por cuanto en la práctica la haría interminable, y virtualmente imposible. De allí que el artículo 222 del Código de Comercio establezca la prohibición a las sociedades en liquidación, de iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y limite su capacidad jurídica únicamente a los actos necesarios a su inmediata liquidación. Es tan rotunda la prohibición de ejercer el objeto social a una sociedad en liquidación, que la norma citada hace responsable en forma solidaria e ilimitada frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, al liquidador y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto, cuando realicen actos u operaciones ajenos al fin inmediato de liquidación, excepción hecha de los autorizados expresamente por la ley.

Con base en lo expuesto la Sala entiende que conforme a lo dispuesto en el artículo 222 del Código de Comercio una sociedad disuelta y en liquidación no puede ejercer su objeto social y si éste comprende o hace referencia a la realización de eventos y apuestas hípicas, obviamente no puede obtener licencia o renovación de la misma.

2. A. El artículo 23 del Decreto-ley 149 de 1976 en su literal k) señala como función del Superintendente Segundo Delegado de la Superintendencia de Industria y Comercio la de: "Conceder licencia de funcionamiento *a las personas naturales o jurídicas* para la realización de los eventos que sirven de base a los concursos hípicos, deportivos y similares". Por su parte el literal f) del artículo 35 del mismo decreto al señalar las funciones de la sección de concursos hípicos, deportivos y similares prescribe: "Tramitar y estudiar las solicitudes de licencias de funcionamiento para realizar los eventos que sirvan de base a los concursos, presentados *por las personas naturales o jurídicas*" (Subrayas de la Sala en ambos textos).

Otras normas del Decreto-ley citado, orgánico de la Superintendencia de Industria y Comercio, hacen referencia a lo relacionado con los concursos hípicos, deportivos y similares. En efecto, el artículo 6º literal q) establece, que, es función de la Superintendencia la de "reglamentar el funcionamiento de los concursos hípicos, deportivos y similares, señalar los porcentajes que deben destinarse a premios y gastos de administración y ejercer el control y vigilancia de las *empresas* que realicen dichos concursos" (subraya la Sala). En el mismo sentido y haciendo referencia a *empresas* dedicadas a la realización de concursos hípicos, deportivos y similares, se pronuncian los literales j) y e) de los artículos 23 y 35 respectivamente.

Así las cosas, es intención del legislador clara y expresa, la de dar licencia y ejercer vigilancia *sobre las personas naturales y jurídicas* dedicadas a la actividad de concursos hípicos, deportivos y similares. Es evidente que, en el campo de la persona moral, el legislador exige la calidad de persona jurídica, para ser beneficiario de licencias de funcionamiento relacionadas con los fines mencionados y de allí que la falta de personalidad jurídica, impida el otorgamiento de licencia de funcionamiento para explotar concursos hípicos, deportivos y similares. Si la intención del legislador hubiere sido la de permitir a cualquier persona, sin distinción de ninguna especie, el ejercicio de tal actividad así lo habría expresado en forma directa y clara. Sin embargo la referencia expresa a personas naturales o jurídicas que

hacen las normas transcritas indican que sólo estas pueden solicitar y obtener, con el lleno de las formalidades legales la licencia en mención y que la intención del legislador en este aspecto no da lugar a dudas o a interpretaciones que permitan desantender el tenor literal de las normas analizadas.

En consecuencia, sólo las personas naturales o las jurídicas pueden obtener licencia de funcionamiento para la explotación de concursos hípicos, deportivos y similares, lo cual no ocurre respecto del Hipódromo Los Andes por lo ya expuesto.

B. Considera la Sala conveniente, para efectos de la respuesta a la segunda pregunta, hacer breve mención al tema de los consorcios en el Derecho Colombiano.

Su antecedente mediato se encuentra en los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto-ley 150 de 1976 que autorizaba la presentación conjunta de propuestas por dos o más personas bien fuere naturales o jurídicas; con posterioridad, el Decreto-ley 222 de 1983 reformatorio y derogatorio del anterior, en sus artículos 3º, 4º, 5º y 6º aluden en forma más directa a los denominados consorcios. Son estas las únicas manifestaciones de orden legislativo sobre el tema, sin que pueda decirse que ellos la agotan, por cuanto fijan solamente algunas pautas generales dejando en el vacío muchos problemas que en la práctica suelen generar conflictos de difícil solución.

En el campo mercantil no existe regulación alguna que permita deducir las características de los denominados consorcios y sus efectos no sólo en las relaciones entre quienes lo integran, sino frente a terceros; tampoco parece existir figura jurídica a la cual pueda asimilarse.

Sin embargo, con base en las normas del Decreto-ley 222 algunas sencillas apreciaciones pueden elaborarse.

El Consorcio no genera una nueva sociedad mercantil, porque al no estar constituida con todos los requisitos legales, no forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 98 del C. de Co.). Por similares razones tampoco es una sociedad irregular (art. 500 del C. de Co.). Tampoco es una sociedad de hecho en definición legal, y por esta misma carece de personería jurídica (C. de Co., arts. 498 y 499). Ni la ley lo considera Cuenta en Participación, que además, carece de personería jurídica (art. 509 del C. de Co.) De otra parte, el Registro del Consorcio como Establecimiento de Comercio en una Cámara de Comercio constituye un mero instrumento de publicidad que no genera por ley personería jurídica.

Con el Consorcio se trata de aunar los esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica, por parte de dos o más personas con el objeto de contratar con el Estado, sin que ello ocasione el nacimiento de una nueva persona jurídica por cuanto cada uno de los integrantes conserva su independencia, su autonomía y facultad de decisión. El término de duración del consorcio, así como la forma e intensidad de colaboración de quienes lo integran dependerá del contrato o de la obra pública a ejecutar.

Los integrantes del consorcio responden solidariamente por la ejecución del contrato celebrado, lo que viene a salvaguardar la posición de la entidad contratante frente a aquél dado que uno de los extremos de la relación jurídica contractual, carece de personalidad jurídica; de igual manera la prohibición de cederse el contrato entre quienes integran el consorcio es una forma de mantener la finalidad del mismo, las causas que le dieron origen, hasta la culminación normal del propósito para el que fue constituido.

Así las cosas, al no ser el consorcio una persona jurídica, ni constituir ente diferente a quienes lo integran, es claro que no puede obtener licencia de funcionamiento para la explotación de concursos hípicos, deportivos y similares, de conformidad con los artículos 23 literal k) y 35 literal f) del Decreto-ley 149 de 1976, y en relación con el Hipódromo de los Andes.

En los anteriores términos, se absuelve la consulta elevada a esta Sala por el señor Ministro de Desarrollo Económico doctor Fuad Char Abdala.

Transcríbase en copia auténtica.

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

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

DERECHO DE PETICION.

Concepto. Norma constitucional que lo regula. Distintos aspectos de la petición. RESERVA DOCUMENTAL. Ley 57 de 1985. La reserva es EXCEPCIONAL. DOCUMENTOS PUBLICOS. Consulta y expedición de copias. INCUMPLIMIENTO O VIOLACION DE CUALQUIER DISPOSICION SOBRE "DERECHO DE PETICION". Consecuencias. REGLAMENTACION SOBRE LA TRAMITACION INTERNA DE LAS PETICIONES (art. 32 del Decreto 01 de 1984). Competencia de la expedición por organismos de la Rama Ejecutiva. Es improcedente que el reglamento invada la esfera correspondiente a la petición de otros derechos (acción de litigar, procedimiento por vía gubernativa). LICENCIAS DE IMPORTACION. SOLICITUDES. PETICIONES DE CONSULTAS Y EXPEDICION DE COPIAS. No existe viabilidad jurídica de atender las peticiones de consulta y la expedición de copias sobre solicitudes de licencias de importación, "sólo después de vencidos los términos con que cuenta la junta de importaciones para decidir o después de adoptar sus decisiones, lo que ocurriere primero".

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre peticiones de información y expedición de copias en relación con las solicitudes de Licencias de Importación. Radicación número 125.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Fuad Char Abdala, obrando con fundamento en lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo en su artículo 98, numeral 2º, solicita el concepto de la Sala acerca de la procedencia del aplazamiento en la atención de las peticiones de información y expedición de copias que efectúen al INCOMEX los particulares sobre las solicitudes de Licencias de Importación.

Sobre el particular observa que si bien el artículo 12 de la Ley 57 de 1985 y los artículos 19 y siguientes del Código Contencioso Administrativo establecen el derecho de consulta y obtención de copias que tiene cualquier persona sobre "los documentos que reposan en las oficinas públicas" (salvo reserva conforme a la Constitución o la ley) y, además, prescriben los plazos en que deben ser atendidas las peticiones relativas al ejercicio de ese derecho, es lo cierto que la

Resolución número 21 de 1986, expedida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior con fundamento en el artículo 32 del Decreto-ley 1 de 1984, otorga a la Junta de Importaciones un plazo máximo de noventa (90) días hábiles y, en caso de aplazamiento, hasta de doscientos cuarenta (240) días hábiles, para atender y decidir sobre las solicitudes de Licencias de Importación.

Del establecimiento de tales plazos por el Consejo Directivo de Comercio Exterior, es posible concluir —sostiene el señor Ministro en su consulta— "que la citada Junta tiene un término de atención de las peticiones de consulta y copias de las solicitudes de licencias de importación, superior a los diez (10) días hábiles que estrechamente para este caso, consagra el artículo 22 del Código mencionado".

Los plazos anteriores —agrega el consultante— fueron determinados por el Consejo Directivo teniendo en cuenta la importancia y repercusiones económicas que involucran las decisiones de la Junta de Importaciones y el gran volumen de solicitudes hechas por los particulares, en algunas ocasiones con fines presumiblemente especulativos.

Sostiene el señor Ministro, además, que es atribución del Consejo Directivo el establecer el trámite de las Licencias de Importación (Decreto-ley 444 de 1967, art. 76) y que la expedición de copias dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a las peticiones respectivas, embaraza notoriamente el funcionamiento de la Junta de Importaciones que no cuenta con funcionarios suficientes para dedicarlos a tal atención, dispendiosísima por lo demás en razón al ya citado volumen enorme de solicitudes que diariamente presentan los importadores en todas las ciudades del país donde el INCOMEX cuenta con oficinas regionales.

Concluye diciendo lo siguiente:

> El INCOMEX desea conocer el concepto del máximo tribunal de lo contencioso administrativo acerca de la viabilidad jurídica de atender las peticiones de consulta y la expedición de copias sobre las solicitudes de importación, sólo después de vencidos los términos con que cuenta la Junta de Importaciones para decidir o después de adoptar sus decisiones, lo que ocurriere primero, toda vez que como lo estatuye el artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal, la obligación de entregar copias de documentos no reservados, se condiciona al pago previo del costo de sus expediciones y a la disponibilidad de uno o varios funcionarios para atender la compulsación del caso sin que ello implique embarazo o trastorno en los trabajos ordinarios de las oficinas públicas.

La Sala considera y responde:

El *derecho de petición* está consagrado en la Constitución Política de Colombia desde el año de 1886, en los siguientes términos:

> Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular y el de obtener pronta resolución (art. 45).

En los países cuya legislación se inspira en los principios democráticos de la revolución francesa, el derecho de petición ha sido concebido con un criterio amplio: El derecho que pertenece a toda persona de atraer la atención de los poderes públicos. Modernamente, es considerado como un derecho constitucional y político, que comprende las peticiones en sentido usual y estricto, de una parte, y de la otra el derecho de acción que se ejerce ante las autoridades judiciales y los procedimientos administrativos.

Comprende, por tanto, las peticiones ordinarias o propiamente dichas (derecho independiente que se agota con su ejercicio y, por su naturaleza, exige una respuesta por parte de la entidad pública) y las peticiones sometidas a procedimientos especiales.

El Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984) regula el derecho de petición —peticiones en sentido usual y estricto— en sus distintos aspectos: En interés general, en interés particular, de informaciones (comprende el derecho de solicitar y obtener información sobre la acción de las autoridades y, en particular, a que se expida copia de sus documentos) y de formulación de consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo (*ibídem*, arts. 5º a 39).

Del mismo modo, confiere a los funcionarios del Ministerio Público el deber de velar por el ejercicio y la efectividad del derecho de petición (art. 75).

Consecuente con el principio constitucional de dar *pronta respuesta* a las peticiones de los particulares, el Código señala términos o plazos para la atención por parte de la autoridad a cada una de las modalidades del derecho de petición, así:

1. Para peticiones en interés general...15 días siguientes a la fecha de su recibo (art. 6º).

2. Para peticiones en interés particular...15 días siguientes a la fecha de su recibo (art. 9º en concordancia en el 6º).

3. Para peticiones de información o expedición de copia de documentos...10 días (art. 22). Y,

4. Para formulación de consultas...30 días (art. 25, inciso 2º).

Con respecto a los *expedientes* que se formaren con las peticiones presentadas, en los casos en que hubiere documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto, cualquier persona tendrá derecho a examinarlos, así como a obtener copias y certificaciones sobre los mismos, que se entregarán en plazo no mayor de tres (3) días (*ibídem*, art. 29).

Una ley posterior a la expedición del Código, la 57 de 1985, reafirma el derecho ciudadano de acceder a los documentos públicos, con excepción de aquellos que tengan carácter *reservado*. Su artículo 12 es del siguiente tenor:

> 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 o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.

Igualmente la citada ley reitera (art. 25) que el plazo para resolver las peticiones indicadas es, para las autoridades correspondientes, de diez (10) días, que se entienden hábiles. Y a renglón seguido dispone:

> Si en ese lapso no se ha dado respuesta al 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.

Así 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, salvo que dichos documentos tengan carácter reservado.

La Ley 57 es explícita en la determinación de cuáles son las *oficinas públicas* (art. 14) y agrega: "Para los efectos de la presente ley, también son oficinas públicas las de las corporaciones de elección popular" (art. 27, inciso 1º).

En relación con el carácter *reservado* que tienen ciertos documentos públicos, la Ley 57 dispone en síntesis lo siguiente:

—La reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta (30) años de su expedición (art. 13).

—El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones (artículo 20).

—Si un documento es reservado el secreto se aplicará exclusivamente a dicho documento y no a las demás piezas del respectivo expediente o negocio (art. 19, parágrafo, concordante con el inciso final del art. 29 del Código Contencioso Administrativo que dispone: "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").

—Las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario, no estarán sometidas a reserva (art. 19). Y,

—La administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales pertinentes. En este caso, si la persona interesada insistiere en su solicitud, corresponderá al respectivo Tribunal Administrativo decidir en única instancia si se acepta o no la petición formulada o si se debe atender parcialmente (art. 21).

Existen, pues, en la Constitución Política (art. 45), el Código Contencioso Administrativo (arts. 5º al 39 y 75) y la Ley 57 de 1985, un conjunto de disposiciones tendientes a regular y salvaguardar el derecho de petición.

El incumplimiento o violación de cualquiera de dichas disposiciones (falta de atención a las peticiones; inobservancia de los principios de economía, celeridad, eficacia o imparcialidad; desatención a los términos para resolver a contestar), constituye causal de mala conducta para el funcionario y dará lugar a las sanciones correspondientes (arts. 7º, 9º y 22 del Código Contencioso Administrativo, 25 y 29 de la Ley 57 de 1985).

Precisamente para que las normas generales sobre el derecho de petición tuvieran el debido cumplimiento en las oficinas públicas, el artículo 1º de la Ley 58 de 1982 y el artículo 32 del Código Contencioso Administrativo, prescribieron la obligación de *reglamentar la tramitación interna de las peticiones.*

En cumplimiento de los textos legales indicados, compete la expedición de los *reglamentos* a los organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, las entidades descentralizadas del orden nacional, las gobernaciones y las alcaldías de los distritos especiales (los reglamentos que expidan los gobernadores deberán contener las normas para la tramitación interna de las peticiones que corresponda resolver a las demás alcaldías). Y su revisión y aprobación, a la Procuraduría General de la Nación.

Tales reglamentos deben circunscribirse a garantizar el ejercicio del derecho de petición, dentro del marco de la ley y las circunstancias atinentes a cada organismo o entidad del Estado, señalando además la tarifa que los interesados pagarán por las copias solicitadas —valor que no podrá ser superior al costo de tales copias—. Por tanto, es improcedente que el reglamento invada la esfera correspondiente a la petición de otros derechos (acción de litigar, procedimiento por vía gubernativa). De ahí que la ley regule por separado lo concerniente a estas dos materias:

1º Los *procedimientos especiales* señalados por las leyes para el trámite de asuntos al cuidado de las entidades y organismos del Estado (Código Contencioso Administrativo, art. 32, inciso 2º). Y,

2º La *acción de litigar* en causa propia o ajena (Código Contencioso Administrativo, art. 39), cuyo titular requiere ser abogado inscrito (Constitución Política, art. 40).

En el caso del INCOMEX hay justamente una confusión que proviene de no distinguir entre el trámite correspondiente a las peticiones (derecho de petición que se agota con su ejercicio e impele a una respuesta por parte de la administración) y los procedimientos especiales y la acción de litigar.

Ese necesario deslinde ya había sido advertido por el Viceprocurador General de la Nación en uno de los considerandos de la Resolución 007 de 1985, por la cual se aprobó la Resolución 1123 de 1984, expedida por el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX. En el párrafo final del literal a), expresó el señor Viceprocurador:

> No deben confundirse los términos establecidos para los procedimientos especiales de los asuntos propios de la entidad.

con los plazos señalados para el trámite de las peticiones que presentan los particulares en ejercicio del derecho de petición regulado por el Decreto 01 de 1984 (fl. 15 de los anexos de la consulta).

La Resolución número 021 de 1986 a que se refiere la consulta fue dictada por el Consejo Directivo de Comercio Exterior con el fin de establecer procedimientos para que la Junta de Importaciones adopte sus decisiones y los términos en que lo hará. La expidió, además invocando las facultades que le confiere el artículo 76 del Decreto-ley 444 de 1967. El artículo 1º principia diciendo: "Para el estudio y decisión de solicitudes de licencia de importación y modificaciones de las mismas, la Junta de Importaciones sesionará...", y en el artículo 4º dispone:

> Las solicitudes de licencia así como las modificaciones a las mismas, serán resueltas por la Junta de Importaciones en un término máximo de noventa (90) días hábiles contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud en debida forma...

No cabe duda, pues de que la Resolución 021 de 1986 prescribe un procedimiento especial derivado del Decreto-ley 444 de 1967 y destinado a atender solicitudes de Licencias de Importación.

En cuanto a la razón práctica expuesta por el INCOMEX, en el sentido de que resulta muy difícil evacuar las consultas y expedir copias de las solicitudes de Licencias de Importación, dentro de los términos señalados por el Código Contencioso Administrativo (30 días hábiles para resolver la consultas y 10 días hábiles para suministrar la información o expedir las copias), conviene recordar que el citado Código dispone en su artículo 26:

> *Atención al público.* Los reglamentos internos a que se refiere el artículo 1º de la Ley 58 de 1982, atribuirán a uno o más funcionarios o empleados el deber especial de absolver las consultas al público, y de atender las demás peticiones de que trata este Título. Tales reglamentos señalarán días y horas en que los funcionarios y empleados deberán conceder audiencias.

La respuesta concreta a la consulta fluye entonces con entera lógica: No existe viabilidad jurídica de atender las peticiones de consulta y la expedición de copias sobre las solicitudes de Licencias de Importación, "sólo después de vencidos los términos con que cuenta la Junta de Importaciones para decidir o después de adoptar sus decisiones, lo que ocurriere primero".

Los términos que para las peticiones en sentido usual y estricto señala la ley, son perentorios y de obligatorio cumplimiento por los funcionarios y empleados públicos. Y difieren de los términos que rigen los procedimientos especiales.

Unas y otras peticiones deberán ser resueltas, generalmente por distintos funcionarios o empleados, en sus respectivos plazos.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

INTERESES MORATORIOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION.

La ley no los autoriza en los primeros. En los segundos, es posible su pacto atendiendo a su naturaleza.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la viabilidad de pactar en los contratos administrativos o de derecho privado de la administración una cláusula que permita el pago de intereses de mora a los contratistas. Radicación número 115.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Guillermo Perry Rubio, formula a la Sala la consulta que consta de las preguntas siguientes:

1. ¿Tanto en los contratos administrativos como en los de derecho privado que celebren bien sean los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, pueden pactarse cláusulas que no estén expresamente establecidas en las normas que rigen la Contratación Pública?

2. ¿Pueden las entidades públicas señaladas anteriormente y para los eventos en que no se paguen dentro del plazo contractual las obligaciones dinerarias, pactar en los contratos un interés de mora?

3. ¿En caso afirmativo, los intereses de mora serían los intereses legales de que trata el Código Civil o los intereses corrientes o los intereses bancarios corrientes o algún otro tipo específico de intereses?

4. ¿Bajo la misma condición, permitirse el pacto, si no se han acordado intereses de mora en los contratos a que nos hemos venido refiriendo, pueden las entidades públicas ya distinguidas pactar los adicionalmente a los contratos ya perfeccionados?

5. ¿Igualmente, mediante acuerdos adicionales pueden modificarse los montos de intereses de mora ya acordados?

6. ¿Si no se han pactado intereses de mora, y no existen convenios adicionales al respecto, pueden esas entidades reconocer esos intereses de mora o existe otro mecanismo de resarcimiento, o debe el contratista acudir a la jurisdicción contenciosa para su reconocimiento?

7. ¿Dentro de la cláusula de revisión de precios de que trata el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, puede entenderse como uno de los factores determinantes de los costos, los originados en el no pago oportuno de las sumas adeudadas por las referidas entidades a los contratistas?

8. ¿Es viable reajustar (art. 86 del Decreto 222 de 1983) el valor de la factura únicamente hasta el vencimiento del plazo contractual para el pago, y establecido un mismo claro, pactar o reconocer sobre el mismo valor, intereses moratorios?

I. La Sala considera:

Con la organización, funcionamiento y creciente capacidad interventora del Estado moderno, el Derecho Administrativo ha venido adquiriendo desde el siglo XIX una peculiar fisonomía como Rama independiente en el campo de las ciencias jurídicas, hasta convertirse en la actualidad en una disciplina con método, sistema y campo de acción propios diferenciado del derecho común que rige las relaciones entre particulares.

El Estado, máxima expresión de poder en la vida de la sociedad, requería de una estructura jurídica autónoma, desligada de las normas y principios que servían para vincular a los individuos en el ámbito del derecho común. A cumplir ese propósito, vinieron entre otros el constitucionalismo y el Derecho Administrativo —y desligado de éste, la ciencia de la administración pública, propiamente dicha—, con lo cual se fue conformando un conjunto de normas con características definidas que al servir los intereses públicos, trascienden las relaciones originadas en el derecho civil.

Hoy en día, y sólo por excepción, el Derecho Administrativo se ve precisado a acudir a las fuentes o normas del derecho privado.

Es porque se ha erigido en una nueva rama del Derecho, dotado de cierta autonomía y originalidad. La idea de que él constituye una "derogación en bloque del derecho común", quiere significar su definitivo distanciamiento de los principios, normas y soluciones del derecho privado, justamente para adoptar sus propios principios, soluciones y normas, aunque necesariamente todavía con excepciones que expresan la necesaria interrelación del mundo jurídico (a modo de ejemplo, el artículo 15 del Estatuto Contractual: "Los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos se regirán por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y disposiciones complementarias").

Ubicado el derecho administrativo colombiano dentro de las grandes líneas del *Estado de Derecho*, herencia del pensamiento demoliberal, tiene como una de sus bases fundamentales el llamado *principio de legalidad*, entendido en un doble sentido: En su concepción general, es el sometimiento del Estado a un ordenamiento jurídico necesariamente jerarquizado y cuya validez emana de la Constitución Política, que ostenta el carácter de ley suprema; en sentido más concreto, representa para el Estado una limitación a su poder, pues a diferencia de la conducta de los particulares, los funcionarios públicos

ya no podrán hacer todo cuanto no esté prohibido por la ley, sino exclusivamente aquello para lo cual ésta los autorice de manera expresa.

Una de las manifestaciones peculiares de ese *principio de legalidad*, en su segunda acepción, origen de la administración reglada (capacidad de hacer tan sólo aquello para lo cual está autorizada por las leyes), es el régimen de contratación.

La contratación administrativa, en efecto, por los intereses públicos que defiende y representa, está sometida a un marco jurídico predeterminado, dentro del cual existen ciertos privilegios —"privilegios de poder público"— constitutivos de las denominadas cláusulas exorbitantes que colocan a la administración en un nivel superior al del contratista particular con el fin de asegurar la protección de los intereses colectivos. Pero sin menoscabo, por otro lado, de los legítimos derechos que en la órbita de la contraprestación económica corresponden al contratista y que precisamente se incorporan a otro principio fundamental: El del *equilibrio financiero*.

Es así como los dos principios enunciados: El de *legalidad* y el del *equilibrio financiero*, envueltos en el contrato y obrando a manera de reguladores del mismo, constituyen su esencia, los dos extremos coherentes, la expresión al mismo tiempo de intereses públicos y de equidad contractual.

Aislado el uno, sin la conexión necesaria con el otro, conduciría al predominio indiscutible de la administración pública o al retorno al modo de contratación estrictamente privado. Pero conjugados, obrando de consuno, expresan coetáneamente el doble concepto del interés público —tendiente a asegurar el cumplimiento y los objetivos del contrato— y de protección a los legítimos derechos contractuales del particular.

El régimen de contratación administrativa (Decreto-ley 222 de 1983), conserva la justicia del contrato suscrito entre la administración y el particular, mediante los dos principios enunciados.

En desarrollo del principio de legalidad, el artículo 1º de aquel Estatuto principia diciendo que los contratos allí previstos que celebre la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los establecimientos públicos *se someten* a las reglas en él contenidas. Y agrega: *Así mismo*, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas. En lo tocante a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social, dispone que les son aplicables las normas allí consignadas sobre contratos de empréstitos y de obras públicas "y las demás que expresamente se refieren a dichas entidades" (arts. 1º, inciso 2º, 254 y 257). Por último, los contratos de las demás sociedades de economía mixta se regulan, salvo disposición en contrario, por las reglas del derecho privado (*ibídem* art. 257, inciso 2º).

Siguiendo las bases inspiradoras del principio de legalidad, clasifica los contratos en administrativos y de derecho privado de la administración (*ibídem* art. 16).

De los primeros hace una enumeración: Los de concesión de servicios públicos, los de obras públicas, los de prestación de servicios, los de suministro, los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos, los de explotación de bienes del Estado, los de empréstito, los de crédito celebrados por FOCINE, los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo, y los que celebren instituciones financieras internacionales públicas así como entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales. *Los demás*, son los contratos de derecho privado de la administración, salvo que ley especial disponga en sentido contrario.

Empero la diferencia que surge de la anterior clasificación no es tajante, pues en la práctica el contrato de derecho privado de la administración tiende a semejarse al propiamente administrativo, en virtud de la inclusión de la cláusula de caducidad y, en este caso, también de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de la entidad pública.

Los contratos administrativos tienen ciertas características, como la exigencia de autorización o aprobación legal para su celebración (Constitución Nacional, art. 76, numerales 11 y 16) y el contener como obligatorias las llamadas cláusulas exorbitantes (caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, cláusula penal pecuniaria, renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar y estipulación de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriben). Aquellos de que trata el Estatuto Contractual (Decreto-ley 222 de 1983), se rigen en su integridad por las normas allí contenidas, y los demás contratos, por las disposiciones generales o especiales vigentes para los mismos (*ibídem*, art. 80).

Los contratos de derecho privado de la administración, en cambio, están sujetos en sus efectos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos y salvo en lo concerniente a la cláusula de caducidad (Decreto-ley 222 de 1983, art. 16, inciso final y Ley 19 de 1982, art. 3º).

Ahora bien: El Estatuto Contractual preceptúa la obligación de contemplar en los pliegos de condiciones tanto las modificaciones de los contratos, que sean previsibles, como la manera de asegurar el *equilibrio financiero* de los mismos (*ibídem*, art. 21). Y regula, como consecuencia de esto último, el fenómeno que denomina de *revisión de precios*.

Mediante la revisión de precios, que se reglamenta en el Título VIII, Capítulo 1º, CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS, es posible pactar revisiones periódicas en los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos; revisión que se efectuará, en lo posible, acudiendo a fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que se determine en el reglamento.

Con antecedentes en el Decreto 808 de 1979, reglamentario del artículo 74 del anterior Estatuto Contractual (Decreto-ley 150 de 1976), el nuevo régimen sobre la materia dispone, además, en la parte final del artículo 86, que las revisiones de precios se consignarán en actas que suscribirán las partes y que se reconocerán con el *índice de ajuste* correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en que *se pague la obra ejecutada,* cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato. Esta disposición autoriza al pagar la obra ejecutada, reconocer un índice de ajuste. Factor este último que, por ser determinante de los costos, sigue la línea atinente al equilibrio financiero.

De manera similar, pueden incluirse en el contrato de suministro, *fórmulas de reajuste,* para los casos en que los precios comerciales de los productos objeto del contrato sufran fluctuaciones (*ibídem,* artículo 133).

Respecto de los demás contratos (distintos de los de obras públicas y de suministro), es posible la celebración de *contratos adicionales* cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido, siempre que no se tratare de la revisión de precisos ni de la aplicación del Título IV sobre los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas (*ibídem,* artículo 58).

Podrán predicarse razones sìmilares respecto de los intereses moratorios?

La Sala estima que los intereses moratorios no constituyen un factor determinante de los costos ni, estrictamente, forman parte del equilibrio financiero, tal como está regulado por el Estatuto Contractual vigente.

El principio de legalidad que no permite hacer a los funcionarios públicos sino aquello para lo cual están expresamente autorizados por la ley, encuentra su origen y fundamento constitucional en los artículos 20 y 63 de la Carta Política.

De conformidad con los preceptos constitucionales mencionados, los funcionarios públicos son responsables no solamente por infracción de la Constitución y de las leyes, sino por dos causales específicas y que no es posible predicar de los particulares: La extralimitación de funciones, o la omisión en el ejercicio de estas. Y, además, todas sus funciones requieren estar detalladas en ley o reglamento.

En desarrollo del principio de legalidad, la ley solamente autoriza a la administración para pactar en los contratos las *cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza,* y, además, las denominadas forzosas u *obligatorias:* Caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar (art. 60 del Decreto-ley 222 de 1983). De igual modo, los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales previstos en el Título IV.

Son de la *naturaleza* de un contrato —dice el Código Civil— aquellas cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial (art. 1501).

Con todo, la administración debe pactarlas, salvo disposición en contrario, en procura de la seguridad jurídica y la clara determinación de las obligaciones contractuales recíprocas.

El pacto de intereses no pertenece a la naturaleza del contrato administrativo y, por ende, los mismos requieren de autorización expresa de la ley. Autorización que no existe en el régimen de contratación administrativa que nos rige.

La administración no puede pactar su propio incumplimiento.

Esta es una tesis que sirve de fundamento a la conclusión negativa respecto de la viabilidad de las cláusulas en las cuales la administración reconociera el pago de intereses moratorios. Pero es tan rígida esta tesis como para excluir el *principio de equidad* que, regulador de la conducta de las partes, debiera servir de complemento al equilibrio financiero derivado del contrato mismo?

No se trata, ciertamente de excluir la equidad o desconocer su necesaria vigencia. Sino de admitir que ella constituye un principio de interpretación del derecho que solo es deducible, con alcance y efectos jurídicos, por vía judicial.

Si la administración incumple el contrato, total o parcialmente (y una de las formas de incumplirlo es retardando el pago oportuno de las cuotas pactadas, evento que genera dificultades financieras para el contratista particular e inclusive puede conducirlo a un estado de quiebra), las autoridades competentes de la Rama Jurisdiccional están en la obligación de establecer con fuerza de cosa juzgada las indemnizaciones o compensaciones a que tiene derecho la parte perjudicada, una vez ésta haya ejercido las acciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo, una de las cuales es la especial de contratos (Título XXVI, Capítulo II, del Decreto-ley 01 de 1984).

Reconocidos mediante sentencia los derechos del contratista, habrá lugar entonces sí al reconocimiento y pago de intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del mencionado Código:

> Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria y moratorios después de este término (art. 177, inciso final).

La desviación por el Estado de sus deberes sociales, o la falla en la prestación de los servicios públicos (Constitución Política, art. 16), genera la consiguiente responsabilidad, exigible ante las autoridades judiciales; de igual modo y ante las mismas autoridades, responden los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes.

Por lo demás, los contratos a que se refiere el Estatuto Contractual están sujetos al registro presupuestal (art. 46 del Decreto-ley 222 de 1983), de manera que en el respectivo presupuesto de apropiaciones del año fiscal correspondiente deberán existir partidas a las cuales se

pueda imputar el gasto que se proyecte realizar dentro de esa vigencia. Este precepto es desarrollo del artículo 210 de la Constitución, según el cual en la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior.

El estricto cumplimiento de las disposiciones indicadas, se vería alterado si la administración pactara el reconocimiento en favor del contratista particular de eventuales intereses moratorios, pues la ley no autoriza la constitución de reservas presupuestales para este caso especial.

Respecto de los contratos de derecho privado de la administración, estos son de derecho civil, laboral o comercial, según su naturaleza, y en ellos el Estado obra, más que como entidad pública, como persona jurídica, pues algunas de sus prerrogativas desaparecen.

Por lo tanto:

Si el contrato es de derecho civil, resultan aplicables las normas respectivas del Código Civil y las relacionadas con el Efecto de las Obligaciones, de que trata el Libro 4º, Título XII. De conformidad con tales disposiciones, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, no pudiendo ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales (art. 1602); en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado (arts. 1546 y 1609); en caso de incumplimiento, está al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena (art. 1600) y si la pena consiste en intereses, estos estarán sujetos a las reglas del artículo 1617 que distingue entre los convencionales, los legales y los moratorios.

Si el contrato es mercantil (Código de Comercio, arts. 864 y ss.), la entidad pública contratante podrá pactar para el caso de retardo en el pago y según sus modalidades, el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria (*ibídem*, art. 884).

Respecto de los contratos de trabajo, estos no se consideran de prestación de servicios. Por ende, no están regulados por el Estatuto Contractual (Decreto-ley 222 de 1983, art. 168).

II. La Sala responde:

Con fundamento en las consideraciones expresadas, la Sala responde a cada uno de los puntos consignados en la consulta, así:

Al primero: La Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social, deberán estipular en todo contrato administrativo las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las cláusulas obligatorias, que constituyen privilegios establecidos en favor del Estado en su condición de representante de los intereses colectivos y garante de la adecuada y continua prestación de los servicios públicos (art. 60 del Decreto-ley

222 de 1983). Los contratos de derecho privado de la administración están sujetos en sus efectos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos y salvo que ley especial disponga en sentido contrario.

La cláusula de caducidad administrativa es de forzosa estipulación en los contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o inmuebles o de empréstito, no siendo obligatoria en los contratos interadministrativos (art. 61 del Decreto-ley 222 de 1983).

Al segundo: No existe autorización expresa de la ley conferida a las entidades públicas para pactar en favor de los contratistas particulares el reconocimiento y pago de intereses de mora.

Al contratista particular se reconocen por la ley las siguientes garantías: Al equilibrio financiero del contrato, al reajuste de precios, al índice de reajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, a la celebración de contratos adicionales, así como el derecho de acudir para ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo con el fin de ejercer las acciones previstas en el Decreto-ley 01 de 1984. Todo en la forma, términos y condiciones que la misma ley señala.

Al tercero: No cabe hacer distinciones respecto del monto o clase de los intereses, por cuanto la ley no los autoriza en los contratos administrativos y en favor del contratista particular.

En el contrato de empréstito, cuyo objeto es proveer a la entidad contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para el pago, el reconocimiento de intereses es derivación del objeto mismo del contrato.

En los contratos de derecho privado de la administración, regidos por normas civiles, comerciales y laborales, es posible que las partes procedan a pactar intereses, atendiendo a la *naturaleza* de los mismos contratos y sin exceder la tasa de intereses que las mismas leyes determinen.

Al cuarto: Como lógica consecuencia de lo ya expresado, no es permitido a las entidades públicas pactar adicionalmente a los contratos ya perfeccionados, intereses de mora.

Al quinto: Es obvio que si no es admisible el pacto de intereses en el contrato, resulta imposible proceder a su modificación.

Al sexto: En ausencia de pactos o convenios entre las partes, respecto de intereses moratorios, la entidad pública mal podría proceder a reconocerlos. El mecanismo de resarcimiento es la vía contencioso administrativa. Todo contrato genera responsabilidad civil (Decreto 222 de 1983, arts. 290 a 297), para que sin desconocer las sanciones penales a que hubiere lugar, sean resarcidos los perjuicios causados.

En tal sentido, responden empleados oficiales cuando celebren contratos sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades consignados en el Estatuto Contractual; responden quienes ocasionen perjuicios con motivo de ejecución indebida o la falta injustificada de

ejecución de contratos; y el contratista o terceros lesionados por la celebración, ejecución o inejecución de un contrato podrán demandar, a su elección, a la entidad contratante, al funcionario o al exfuncionario responsable o a los dos en forma solidaria.

Al séptimo: El no pago oportuno de las cantidades adeudadas por las entidades públicas a los contratistas, no puede estimarse como factor determinante de los costos, ni incluirse dentro de la cláusula de revisión de precios que para los contratos de obras públicas trae el artículo 86 del Decreto 222 de 1983. La parte final de dicho artículo admite únicamente la figura que denomina índice de ajuste, respecto del pago de obra ejecutada. Y,

Al octavo: La respuesta es igualmente negativa. Los conceptos que se dejan explicados respecto de los contratos de la administración, excluyen la viabilidad de este tipo de reajuste.

De pactarse algún tipo de interés a cargo del contratista particular (como ocurre con los contratos de concesión de espacios de televisión, en los cuales el no pago oportuno de las tarifas origina el pago de intereses de mora por el concesionario), sólo a la entidad pública correspondería la alteración del monto de los intereses en los casos y con los requisitos que regulan la modificación unilateral de los contratos, prevista en el Título IV del Decreto 222 de 1983.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

MINISTERIO PUBLICO. INTERVENCION EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS.

El Ministerio Público debe intervenir obligatoriamente en todos los procesos y actuaciones que se sigan ante la jurisdicción contencioso administrativa.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Hecha por el señor Ministro de Gobierno, en relación con la intervención del Ministerio Público en los procesos contencioso administrativos. Radicación número 136.

El señor Ministro de Gobierno César Gaviria Trujillo, formula a la Sala la siguiente consulta previas las consideraciones que a continuación se exponen:

Fundamentos de la consulta:

Son los siguientes:

El artículo 127 del Código Contencioso Administrativo prescribe:

"Objeto de la actuación del Ministerio Público. Atribuciones.

En las actuaciones y procesos que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, el Ministerio Público intervendrá en interés del orden jurídico y, para ello, podrá actuar como parte.

Todas las providencias se le notificarán personalmente y él decidirá en cuáles actuaciones se requiere su intervención.

El Ministerio Público podrá incoar cualquiera de las actuaciones consagradas en este Código, cuando las circunstancias lo ameriten".

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de junio de 1984, sostuvo que conforme a lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución Política, "se exige la intervención del Ministerio Público en todo proceso contencioso administrativo, aunque no en todas y cada una de las actuaciones que se cumplan en ellas o independientemente de las mismas; por esa razón se ajusta al mandato constitucional la opción dada al Ministerio Público para decidir en qué actua-

ciones procesales interviene, pero lo contraría en cuanto le permite escoger en qué procesos quiere actuar".

No obstante lo anterior, se han presentado diferentes criterios sobre la interpretación de la citada norma para efectos de su aplicación.

En consecuencia se consulta:

a) ¿Puede el Fiscal ante el Consejo de Estado o Tribunal Administrativo decidir, discrecionalmente, en qué procesos administrativos interviene como parte?;

b) ¿Cuando no actúa como parte, debe forzosamente intervenir en todos los procesos contencioso administrativos?;

c) ¿Es totalmente voluntaria su intervención, independientemente de que sea parte o no dentro del proceso contencioso administrativo?

La Sala considera y responde:

1. El artículo 127 del Decreto-ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo prescribe:

> "Artículo 127. OBJETO DE LA ACTUACION DEL MINISTERIO PUBLICO, ATRIBUCIONES. En las actuaciones y procesos que sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, el Ministerio Público intervendrá en interés del orden jurídico y, para ello, podrá actuar como parte.
>
> Todas las providencias se le notificarán personalmente y él decidirá en cuáles actuaciones *y procesos* se requiere su intervención.
>
> El Ministerio Público podrá incoar cualquiera de las actuaciones consagradas en este Código, cuando las circunstancias lo ameriten" (subraya la Sala).

2. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de diecinueve de julio de 1984 declaró inexequible la expresión "y procesos" del inciso segundo del transcrito artículo y exequibles las restantes partes de la norma que dicen: "Y para ello, podrá actuar como parte"; "y él decidirá en cuales actuaciones"; y "se requiere su intervención".

Su texto, en cuanto hace al artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, es el siguiente:

"...Cuarta. El artículo 143 de la Carta establece que a los funcionarios del Ministerio Público corresponde defender los intereses de la Nación, promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas, supervigilar la conducta de los empleados oficiales, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social".

Al considerar la acusación del demandante contra las frases *"y, para ello, podrá actuar como parte"*, del inciso primero del artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, e *"y él decidirá en cuáles actuaciones o procesos se requiere su intervención"* del inciso segundo

del mismo, conviene tener en cuenta el encabezamiento de tal artículo: *"En las actuaciones y procesos que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, el Ministerio Público intervendrá en interés del orden jurídico"*.

Es del todo imperativo, por tanto, que el Ministerio Público intervenga en interés al orden jurídico en las actuaciones y procesos que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. No por ello, sin embargo, se requiere que en toda actuación o proceso ante dichas corporaciones el Ministerio Público *"actúe como parte"*. Por ejemplo, puesto que de acuerdo con el artículo 151 del Código Contencioso Administrativo "las entidades públicas deberán estar representadas mediante abogado titulado e inscrito en los procesos que promuevan o se adelanten contra ellas, y en aquellos en que intervengan" no es pertinente que en tales procesos el Ministerio Público se haga *"parte"*, aunque haya de intervenir en ellos *"en interés del orden jurídico"*. Así mismo, en algunos recursos extraordinarios, como el de anulación (Capítulo XXIII del Código Contencioso Administrativo), puede no ser indispensable que el Ministerio Público *"actúe como parte"*.

El carácter opcional de la frase *"y, para ello, podrá actuar como parte"* no infringe, dado lo expuesto, el artículo 143 de la Constitución.

Con respecto a la otra frase acusada, *"y él decidirá en cuáles actuaciones y procesos se requiere su intervención"*, es necesario distinguir entre "actuaciones" y "procesos". Las primeras pueden o no efectuarse dentro de un proceso, y por su naturaleza algunas de ellas pueden no requerir la intervención específica del Ministerio Público. La justificada abstención de éste puede en tales casos contribuir a aminorar el excesivo recargo de labores en la Procuraduría General y en las Fiscalías correspondientes.

Es entendido, por supuesto, que el artículo 143 exige la intervención del Ministerio Público en *todo proceso* contencioso administrativo, aunque no en todas y cada una de las actuaciones que se cumplan en ellos o independientemente de los mismos; por esa razón se ajusta a tal mandato constitucional la opción dada al Ministerio Público para decidir en qué actuaciones procesales interviene, pero lo contraría en cuanto le permite escoger en qué procesos quiere actuar.

La Corte procederá en consecuencia, a declarar exequible la frase *"y, para ello, podrá actuar como parte"* del inciso primero del artículo 127, así como en el inciso segundo del mismo las expresiones *"y él decidirá en cuáles actuaciones"* y *"se requiere su intervención"*, y a declarar inexequible en el referido inciso segundo los términos *"y procesos"* (las subrayas pertenecen al texto).

3. De la sentencia de la Corte se deduce claramente, que la intervención del Ministerio Público es OBLIGATORIA en los procesos contencioso administrativos sin que ello impida que puedan actuar como parte en los procesos y actuaciones que tuvieren a bien decidir. Si bien, acepta la Corte, existen algunas actuaciones y procesos en los que no se requiere que el Ministerio Público actúe como parte aunque haya de intervenir en ellos *"en interés del orden jurídico"* (cita textual de la sentencia), es claro que el artículo 143 de la Constitución exige la

intervención del Ministerio Público, en *todo proceso*. Por ello declaró la inexequibilidad de la expresión "y procesos" por cuanto la intervención en estos se hacía facultativa.

4. Así las cosas, de la sentencia de inexequibilidad de la Corte Suprema de Justicia, la cual tiene efectos *erga omnes*, como del artículo 127 del Código Contencioso Administrativo se derivan las siguientes conclusiones, sin que puedan predicarse otras, por cuanto ello significaría el desconocimiento de los efectos de aquella, como lo sostuvo la Sección Tercera de la Sala Contenciosa en auto de diciembre 11 de 1986, con ponencia del Consejero Jorge Valencia Arango:

1ª El Ministerio Público *debe intervenir obligatoriamente en todos los procesos y actuaciones* que se sigan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

2ª Su vinculación *como parte* a dichos procesos y actuaciones es facultativa, por cuanto como lo sostiene la misma Corte conforme al artículo 151 del Código Contencioso Administrativo "las entidades públicas deberán estar representadas mediante abogado titulado e inscrito en los procesos que promuevan o se adelanten contra ellos, y en aquellos en que intervengan". De allí que en estos procesos y actuaciones no es necesario que el Ministerio Público se haga parte, aunque deba intervenir en *"interés del orden jurídico"*. Igualmente cita la Corte a manera de ejemplo la intervención del Ministerio Público en el recurso extraordinario de anulación en el cual puede no ser necesario que aquél actúe como parte.

3ª Cuando las circunstancias lo ameriten podrá incoar cualquiera de las acciones consagradas en el Código Contencioso Administrativo. Reitera en esta forma el inciso tercero del artículo 127 del Código, la intervención facultativa del Ministerio Público en aquellos procesos y actuaciones a los cuales desee vincularse *como parte*.

4ª Finalmente, encuentra la Sala, que la obligatoriedad estipulada en el inciso 1º y la voluntariedad contenida en el inciso 2º del artículo 127 en referencia, no guardan armonía con los artículos 20 y 63 de la Constitución Nacional, pues al tenor de este último, especialmente, todo empleo debe tener funciones detalladas en ley o reglamento que requieren su cumplimiento, con deducible responsabilidad en caso de omisión según la naturaleza de la falta.

En los anteriores términos, se absuelve la consulta elevada a esta Sala por el señor Ministro de Gobierno César Gaviria Trujillo.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

MINISTERIO PUBLICO. INTERVENCION EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS (Salvamento de voto).

Los fiscales no tienen funciones obligatorias sino OPCIONALES en los juicios o procesos contencioso administrativos.

Salvamento de voto.

Referencia: Consulta. Radicación número 136.

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

1º Aunque la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la expresión *"y procesos"* del artículo 127, inciso 2º del Decreto-ley 01 de 1984, es evidente que esta disposición confiere a los fiscales del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos *facultades opcionales*. En efecto, el primer inciso dispone que "el Ministerio Público intervendrá en interés del orden jurídico" y agrega que, "para ello, podrá actuar como parte"; es decir, *le confiere la facultad de escoger entre actuar o no como parte, lo que significa que se trata de una competencia opcional.*

El segundo inciso dispone que todas las providencias se deben notificar personalmente al agente del Ministerio Público y que "él decidirá en cuáles actuaciones se requiere su intervención": *La disposición condiciona la intervención del fiscal a su propia decisión de actuar o de abstenerse de hacerlo;* además, aunque la expresión *"y procesos"* fue declarada inconstitucional por la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, es evidente que las "actuaciones" en las cuales los fiscales pueden, opcionalmente, intervenir o abstenerse de hacerlo, *son las de los procesos contencioso administrativos que se adelanten en el Consejo de Estado y en los Tribunales administrativos, porque esos funcionarios actúan exclusivamente ante esas entidades.* De manera que la declaración de inconstitucionalidad de la expresión *"y procesos"*, mediante sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 19 de julio de 1984, *en modo alguno modificó la competencia que, con carácter opcional, el artículo 127 del Decreto-ley 01 de 1984 confirió a los fiscales del Consejo de Estado y de los Tribunales administrativos para actuar en los procesos contencioso administrativos.*

2º Además, según el artículo 127, inciso final del Decreto-ley 01 de 1984, "el Ministerio Público podrá incoar cualquiera de las acciones consagradas" en ese estatuto, "cuando las circunstancias lo ameriten". Esta disposición significa que el Ministerio Público también *está fa-*

cultado para promover las controversias que, entre las de su incumbencia, estime necesarias; por consiguiente, ellas no pueden ser sino las relativas al contencioso de nulidad de los actos y contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad (arts. 84 y 87 del Decreto-ley 01 de 1984) y al de plena jurisdicción en defensa de los intereses de la Nación (art. 143 de la Constitución). De manera que *esta disposición tampoco impone a los fiscales el deber de actuar inexorablemente: Pueden o no hacerlo, a su juicio, según consideren o no necesario iniciar el correspondiente juicio o proceso.*

3º Los artículos 210 y 212 del Decreto-ley 01 de 1984, en perfecta armonía con lo expuesto, *no contemplan en el juicio ordinario el traslado al fiscal para alegar de conclusión,* como sí lo hacían los artículos 130 y 137 de la Ley 167 de 1941; ello debido, no a una simple omisión —que únicamente podría remediar el legislador— sino *al propósito reiterado de dar a los fiscales funciones opcionales*; de este modo, *sólo se les permite alegar de conclusión en la secretaría, dentro del término común que al efecto se señala para todas las partes* (arts. 210 y 212 del Decreto-ley 01 de 1984).

Lo propio sucede en los procesos relativos a contratos, a reparación directa y cumplimiento y a nulidad de cartas de naturaleza: *En ninguno de ellos la ley contempla la intervención del Ministerio Público, ni tampoco un traslado especial para que alegue de conclusión.* Por el contrario, el artículo 217, número 4 del Decreto-ley 01 de 1984 contempla, en los juicios relativos a contratos y a reparación directa y cumplimiento, un traslado común, por el término de diez (10) días, para alegar de conclusión: Si el fiscal opta por intervenir en el proceso, como lo faculta el artículo 127 del Decreto-ley 01 de 1984, *podría alegar de conclusión, como las demás partes, en el referido término procesal.*

4º El Decreto-ley 01 de 1984 tampoco contempló la intervención de los fiscales en los procesos electorales y los artículos 236 y 251, incisos 3º, prescribieron términos comunes para que las partes aleguen de conclusión. Ninguna disposición señaló plazos especiales de traslado al fiscal para alegar de conclusión porque, como en los demás procesos, *se consideró que opcionalmente podría o no actuar en ellos y, en caso positivo, acogerse al término común previsto para todas las partes.*

El artículo 7º, inciso 3º de la Ley 96 de 1985 sustituyó el artículo 236 del Decreto-ley 01 de 1984 y dispuso que "vencido el traslado de las partes se ordenará la entrega del expediente al Ministerio Público, por diez (10) días, para que emita concepto de fondo". Sin embargo, inexplicablemente se mantuvo el artículo 251, inciso 3º del Decreto-ley 01 de 1984 y, por lo mismo, *en la segunda instancia de los procesos electorales actualmente no existe traslado especial al fiscal para alegar de conclusión sino, por el contrario, uno común, para todas las partes, con tal finalidad: Se trata de una incongruencia legislativa que sólo la ley puede remediar.*

5º *El Decreto-ley 01 de 1984 tampoco contempla la intervención de los fiscales en los recursos extraordinarios de revisión y anulación, ni menos dispone que se les corra traslado del expediente para que aleguen de conclusión.* Por el contrario, en el recurso de revisión no

existe término para alegar y, en el extraordinario de anulación, el artículo 204 del mismo estatuto prescribe uno común de diez (10) días con tal finalidad.

6º El artículo 143 de la Constitución, en estricto rigor jurídico, no exige "la intervención del Ministerio Público *en todo proceso* contencioso administrativo" como se ha entendido y afirmado equivocadamente. Ese precepto se limita a prescribir las funciones genéricas del Ministerio Público, consistentes en "defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social". Si la disposición transcrita dispusiere, como equivocadamente se le atribuye, que el Ministerio Público debe intervenir "*en todo proceso* contencioso administrativo", lo lógico habría sido declarar inconstitucional el artículo 127 del Decreto-ley 01 de 1984 porque, con desconocimiento del precepto constitucional, se le habría conferido una facultad opcional de intervenir o no en los procesos contencioso administrativos. Pero, como el artículo 143 de la Constitución no lo obliga a intervenir en todos ellos, el artículo 127 del Decreto-ley 01 de 1984 no pudo infringirlo; violó, en cambio, los artículos 20 y 63 de la Constitución que prescriben que todos los funcionarios deben tener funciones señaladas en ley o reglamento con carácter obligatorio: *Las que el artículo 127 atribuyó a los fiscales no son obligatorias sino opcionales y, por lo mismo, contrarían los indicados preceptos de la Constitución.*

La mayoría invoca los artículos 20 y 63 de la Constitución para afirmar, como es lo jurídico, que la competencia de los fiscales no puede ser opcional; pero, admite al mismo tiempo, equivocadamente, que la que les prescribe el artículo 127 del Decreto-ley 01 de 1984, no obstante su claro carácter opcional, tiene sentido obligatorio. Además, omitió tener en cuenta que, en perfecta armonía con el artículo 127, como he indicado, numerosos preceptos del Decreto-ley 01 de 1984 prescriben, no el traslado al fiscal, sino un término común, a todas las partes, para alegar de conclusión: *Si el fiscal opta por actuar en el proceso, también puede, como las demás partes, alegar de conclusión.*

7º Declarado exequible el artículo 127 del Decreto-ley 01 de 1984, con excepción de la expresión "y procesos" del inciso 2º, de todos modos atribuye a los fiscales una competencia opcional, corroborada, como se ha indicado, por otras disposiciones del Decreto-ley 01 de 1984. Se pretendió que, con la indicada declaración parcial de inconstitucionalidad, el artículo 127 del Decreto-ley 01 de 1984 cambie de significación, que la competencia opcional de los fiscales devenga obligatoria; *pero, la verdad consiste en que, de todos modos, el artículo 127 del Decreto-ley 01 de 1984 confiere a los fiscales, como se ha demostrado, una competencia opcional: Pueden o no intervenir en los procesos contencioso administrativos. Sólo que esta competencia opcional está comprendida por el efecto de cosa juzgada,* erga omnes, *de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 19 de julio de 1984.*

8º La competencia opcional de los fiscales y el traslado común para alegar a todas las partes han hecho que, *por procedimientos inconstitucionales e ilegales, pero bien intencionados* (arts. 141, ordi-

nal 3º, y 154 de la Constitución), *los ponentes otorguen a los fiscales términos para alegar de conclusión*; de este modo se mantiene la tradición de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Colombiana que hace de la intervención de los fiscales, particularmente de su alegato de conclusión, un elemento indispensable para el acertado juzgamiento. Los fiscales, sin ninguna excepción, han optado por actuar en los procesos "como parte imparcial" y los consejeros y magistrados *les corren unos traslados, no prescritos por la ley, para que aleguen de conclusión,* como lo hacían dentro de los términos que al efecto prescribía la Ley 167 de 1941.

Pero, la plausible disposición de fiscales, consejeros y magistrados para obviar los defectos y omisiones del Decreto-ley 01 de 1984, *no es suficiente para no reconocer la ostensible inconstitucionalidad e ilegalidad de los procedimientos adoptados* (arts. 141, ordinal 3º, y 154 de la Constitución) *y para no comprender que únicamente una reforma legislativa puede devolverles a los fiscales las funciones que tradicionalmente han ejercido en los procesos contencioso administrativos.*

De todo lo expuesto *se concluye* que la Sala debió conceptuar *que los fiscales no tienen funciones obligatorias, sino opcionales, en los juicios o procesos contencioso administrativos.* El Ministerio Público que, según el artículo 143 de la Constitución, debe hacer cumplir el orden jurídico, *paradojal y urgentemente necesita que la ley defina claramente sus funciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

TRANSPORTES.

1. La naturaleza jurídica de los ACTOS DE ADJUDICACION U OTORGAMIENTO DE PERMISOS para SERVIR RUTAS Y HORARIOS expedidos por el Instituto Nacional de Transportes, es ADMINISTRATIVO. Dichas decisiones no dan lugar al nacimiento de DERECHOS ADQUIRIDOS. DIFERENCIA CON EL ACTO INTANGIBLE A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 73 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Queda así descartado, de plano, la intangibilidad de las decisiones que otorguen permisos de rentas y horarios en tanto los derechos que configuran y delimitan, simplemente administrativos y no patrimoniales o de carácter civil, tampoco antes constituyen situaciones jurídicas oponibles a la facultad de intervención y reglamentación del Gobierno.

2. La FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE decide cancelar o niega la renovación de la licencia de funcionamiento a una empresa de transporte resulta suficiente por sí misma, para que tal licencia pierda su vigencia con efectos distintos sobre la prestación del servicio permitido.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Obras Públicas y Transporte. Radicación número 127.

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte envía a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

«El Instituto Nacional del Transporte, es un establecimiento público creado mediante el Decreto 770 de 1968, expedido con base en las autorizaciones otorgadas al Gobierno por medio de la Ley 65 de 1967.

Dicha entidad es la encargada de la regulación de la actividad transportadora en todo el territorio nacional.

En el cumplimiento de los cometidos asignados por la ley otorga y cancela autorizaciones para utilizar las vías públicas, otorga y cancela licencias de funcionamiento a las empresas de transporte automotor.

La licencia de funcionamiento está definida por el artículo 23 del Decreto 1393 de 1970, Estatuto Nacional del Transporte, como "el reconocimiento que hace el INTRA a una empresa determinada en el sentido de hallarse en posibilidad de prestar el servicio público de transporte automotor. Los artículos subsiguientes del citado Estatuto señalan el procedimiento para obtención de la licencia de funcionamiento en concordancia con lo preceptuado por los Acuerdos 035 de 1970, 020 de 1980, 113 de 1971 y las Resoluciones 858 de 1972, 258 de 1975, 241 de 1971 y 252 de 1979, emanadas de la Junta Directiva y de la Dirección General del INTRA respectivamente".

El otorgamiento de rutas y horarios a las empresas transportadoras ha sido regulado además de la norma contenida en el Decreto 1393 de 1970, por las siguientes disposiciones de manera sucesiva así: Decreto 2245 de 1976, 2558 de 1984 y 1183 de 1986.

El Decreto 1393 de 1970, al respecto dice:

Artículo 62: "La prestación del servicio público de transporte en las vías sujetas a la jurisdicción del Estado se otorgará por la autoridad competente, mediante contrato de concesión o permiso a personas naturales o jurídicas que se ajusten a los requisitos y condiciones que se señalan en el presente Estatuto".

Artículo 63: "Se otorgarán áreas de operación, rutas y horarios mediante contrato de concesión, cuando las condiciones especiales del servicio exijan un mayor nivel en su prestación, cuando deba garantizarse la continuidad en la prestación del servicio en una o más regiones determinadas; cuando por regiones de desarrollo de uno o más polos de influencia se imponga la racionalización del servicio.

"En los demás casos se autorizarán las áreas de operación, las rutas y horarios a las empresas solicitantes *mediante permiso*" (Subrayado fuera del texto).

Por su parte el Código de Comercio en su artículo 983 regula lo concerniente a la Personería Jurídica de las empresas transportadoras.

Consultamos a esa honorable Corporación:

1. Cuál es la naturaleza jurídica de los actos de adjudicación u otorgamiento de permisos para servir rutas y horarios expedidos por el Instituto Nacional del Transporte.

2. Si dichas decisiones dan lugar al nacimiento de derechos adquiridos y constituyen disposiciones inmutables, intangibles e inalienables.

3. Si desaparecida la licencia de funcionamiento por cancelación o negativa de renovación, pierden también vigencia las autorizaciones o permisos de los cuales era beneficiaria la empresa como una consecuencia obvia de tal decisión.

4. Si pueden mantener tales permisos para servir rutas y horarios vigencia luego de la negativa de renovación o de producida la cancelación y constituir una prerrogativa a favor de la empresa si después de la ejecutoria de estas decisiones solicita y obtiene una nueva licencia de funcionamiento»

Consideraciones:

1º Con el objetivo de reglamentar el funcionamiento de empresas de transporte automotor, la Ley 15 de 1959 dispuso la intervención del Gobierno, en desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución Política, y el Gobierno mediante el Decreto-ley 1393 de 1970, expidió el Estatuto Nacional del Transporte Terrestre Automotor de cuya aplicación encargó al Instituto Nacional del Transporte, creado por Decreto-ley 770 de 1968. Desde entonces las funciones de asignar las rutas y horarios de las empresas y otorgar y cancelar autorizaciones para utilizar las vías públicas, corresponde ejercerlas al INTRA por mandato del artículo 2º, ordinales 1º y 6º del citado Decreto.

Los estatutos orgánicos del INTRA, adoptados por Acuerdo de su Junta Directiva número 035 de 1985 y aprobados por Decreto 2623 de 1985, señalan como funciones del Director General las de otorgar, renovar o cancelar la licencia de funcionamiento a las empresas de transporte terrestre automotor, de acuerdo con las normas legales y "dictar la providencia de asignación, modificación o cancelación de las rutas y horarios a las empresas de transporte terrestre automotor" (art. 26, ordinales 17 y 18).

La forma prevista en los mismos estatutos para el desempeño de las funciones asignadas se concreta en actos o decisiones del Director General que se denominan "Resoluciones" (art. 29), contra las cuales procede el recurso de reposición, surtido el cual se entenderá agotada la vía gubernativa (art. 43). No hay duda, pues, de que, las funciones a cargo del Director General son de naturaleza administrativa, por tanto, el otorgamiento de autorización o licencia de funcionamiento a una empresa de transporte legalmente constituida, para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor, constituye un acto administrativo.

En efecto, el contenido material expresado en el ejercicio de las funciones administrativas hasta aquí enunciadas, es típico del acto administrativo que hace factible al establecimiento público el cumplimiento de los objetivos propuestos con su creación.

Acto proferido por un órgano administrativo del Estado, que contiene medidas de alcance individual y está sujeto al Derecho Administrativo, por principio se define como acto administrativo. "En las actividades fundamentalmente reguladas, los actos de la administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo". Y cuando está expresamente prevista una forma especial para determinado género de actos, dicha forma, a su vez, se constituye en requisito para dictar el acto administrativo.

Formación del acto mediante procedimientos previstos en la ley; reunión de requisitos concomitantes a la expedición del acto; observancia de la forma como garantía para evitar la arbitrariedad, asegurar la certeza documental y constituir prueba del acto, integran el régimen

de la expresión de la voluntad administrativa y constituyen elementos esenciales de su validez y eficacia.

Estos elementos han de concurrir en las providencias emanadas de la Dirección General del INTRA que otorguen o nieguen permisos de rutas y horarios, como resultado del ordenamiento de las empresas, de conformidad al puntaje obtenido para la licencia de funcionamiento y clasificación. Y permiten a la administración seleccionar los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga.

Desde luego resulta pertinente precisar que el permiso concedido por el Instituto Nacional del Transporte constituye un acto administrativo creador de una situación jurídica concreta, pero diferente del acto intangible a que se refiere el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, ya que el Estado conserva la facultad de revocarlo o modificarlo de conformidad con el Estatuto Nacional del Transporte, condicionado como queda a su permanente compatibilidad con tal Estatuto.

2º Necesariamente este tipo de autorizaciones se otorga de acuerdo a las circunstancias que concurren en el momento en que se otorgan, pero condicionadas a la permanente compatibilidad con el superior interés público. De ahí la posibilidad, e incluso, el deber de modificar el contenido de la autorización, inicialmente otorgada, para mantenerlo constantemente adaptado, a lo largo de su vigencia, a las exigencias del interés público.

Queda así descartada, de plano, la intangibilidad de las decisiones que otorguen permisos de rutas y horarios, en tanto los derechos que configuran y delimitan, simplemente administrativos y no patrimoniales o de carácter civil, tampoco constituyen situaciones jurídicas oponibles a la facultad de intervención y reglamentación del Gobierno. Así lo dedujo la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 19 de septiembre de 1978 (*Anales del Consejo de Estado*, Tomo XC) cuando afirmó que "...la autorización que se confiera a una empresa determinada para el uso de determinadas vías no puede entenderse como voluntad de crear una situación jurídica individual en favor de tal empresa, pues de ser así la propia administración estaría aniquilando toda posibilidad de ejercicio ulterior de sus facultades reglamentarias en relación con esas vías"; "...cualquier disposición posterior en contrario sería acto de revocación directa, viable solamente en función del consentimiento expreso y escrito del titular de esa situación jurídica, con el resultado de una amputación evidente de la potestad de reglamentación o al menos de un condicionamiento inadmisible para ejercerla".

3º También el otorgamiento de la licencia de funcionamiento de una empresa de transporte se vincula a las necesidades, condiciones y prioridades del servicio, de tal manera que su cancelación procede entre otras cosas, cuando no garantiza la prestación de aquel en forma efectiva o se comprueba la cesación de actividades (art. 31 del Decreto 1393 de 1970). Dejar de servir una ruta con los horarios autorizados, cambiar o aumentar estos, faculta para revocar el permiso de servicios y otorgarlo a otra empresa (art. 71 *ibídem*). Lo mismo cuando hay

abandono de ruta y vacancia de servicios (arts. 72 y 73). Luego resulta obvia la consecuencia de que en cualquiera de estos eventos pierdan vigencia los permisos de que la empresa era beneficiaria y la adquieran los que se otorguen a la empresa llamada a restablecer el servicio, dentro del plazo que se señale en el correspondiente acto administrativo.

4º Cuando la misma empresa obtiene de nuevo licencia de funcionamiento, y pretende servir las zonas, rutas y horarios de que fue adjudicataria, su solicitud concurre, estando aquellos disponibles, con las empresas proponentes que reúnan los requisitos, sin que constituya prerrogativa alguna la propuesta de tal empresa sobre dichas zonas, rutas y horarios.

La fuerza ejecutoria del acto administrativo que decide cancelar o niega la renovación de la licencia de funcionamiento a una empresa de transporte resulta suficiente, por sí misma, para que tal licencia pierda su vigencia con efectos directos sobre la prestación del servicio permitido. Luego la prelación que en el otorgamiento de rutas y horarios obtuvo esa empresa por su clasificación en determinada categoría y el funcionamiento que le fue autorizado, en consecuencia, no pueden subsistir cuando ha perdido tal clasificación y ha sido cancelada su licencia de funcionamiento o desautorizada su renovación. Esta insubsistencia impide necesariamente la producción de otros efectos en el futuro, como el de llegar a constituir de nuevo factor de prelación frente a otras empresas concurrentes en la adjudicación de rutas y horarios disponibles para todas, en iguales condiciones.

Se constituiría, así, en otro factor de adjudicación diferente de los previstos por el artículo 10 del Decreto 1183 de 1986, y su evaluación equivaldría a desconocer los efectos de la resolución que hubiere cancelado la licencia de funcionamiento o desautorizado su renovación.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSEJOS SUPERIORES DE LAS UNIVERSIDADES OFICIALES:

1. Poseen la facultad de crear los empleos necesarios y determinar sus funciones y remuneración: También establecer los gastos de representación.

2. Si la misma ley dispone los aumentos de la remuneración del Rector y de los demás cargos universitarios, ésta sustituye a los Consejos. Decreto-ley 80 de 1980, artículo 50.

3. Exención de gravamen fiscal sobre gastos de representación. Cuantía.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta de los Ministros de Hacienda y Educación Nacional. Radicación número 123.

El Ministro de Hacienda, encargado, y el Ministro de Educación envían a la Sala en Oficio número 0342 la consulta que se transcribe textualmente:

«El Congreso de Colombia expidió la Ley 75 de 1986, mediante la cual se adoptaron normas en materia tributaria, de catastro, de fortalecimiento y democratización del mercado de capitales, se concedieron facultades extraordinarias y se dictaron otras disposiciones.

En el artículo 35 de la referida ley se contempla:

"Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios la totalidad de los pagos o abonos en cuenta provenientes de la relación laboral o legal y reglamentaria, con excepción de los siguientes:

"……

"7. Los gastos de representación que perciban en razón a la naturaleza de las funciones que desempeñan, el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Senadores, Representantes y Diputados, los Magistrados de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y sus Fiscales, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, los Jefes de Departamento Administrativo, los Superintendentes, los Gobernadores y Secretarios Departamentales de Gobernaciones, los Contralores Departamentales, los Alcaldes y Secretarios de Alcaldías de ciudades capitales de departamento,

los Intendentes y Comisarios, los Consejeros Intendenciales y los Rectores y Profesores de Universidades Oficiales.

"

"En el caso de los Rectores y Profesores de Universidades Oficiales, los gastos de representación no podrán exceder del cincuenta por ciento (50%) de su salario".

Las universidades oficiales del orden nacional son establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Educación Nacional, de conformidad con lo establecido en los Decretos 1050 de 1968 y 80 de 1980.

La remuneración de los rectores y los profesores de las universidades oficiales las fija el Congreso, o el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, por tratarse de empleados públicos, con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76 de la Constitución Política.

El Decreto 80 de 1980, por medio del cual se organizó el sistema de educación postsecundaria, determinó en sus artículos 56 y 57 que la dirección de las universidades corresponde al Consejo Superior, el cual es el máximo órgano, el rector y el Consejo Académico. Dentro de las funciones señaladas por el mencionado decreto, al Consejo Superior no está contemplada la de fijar sueldos a los profesores vinculados al correspondiente establecimiento educativo.

Como los consejos superiores de las universidades oficiales han venido expidiendo acuerdos mediante los cuales determinan que el 50% de la remuneración que perciben los profesores se consideran gastos de representación, consultamos al honorable Consejo de Estado:

1. La Ley 75 de 1986 se refiere a aquellos profesores universitarios que con anterioridad a su expedición venían percibiendo gastos de representación?

2. El Consejo Superior de la universidad puede incrementar los salarios del rector y los profesores? O expedir un acto diciendo que una parte del sueldo de los profesores de esa institución universitaria constituye gasto o representación? O, finalmente, esta definición es competencia del Congreso, de conformidad con el artículo 76 numeral 9 de la Constitución Política, o del Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias previstas en el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Política?».

Consideraciones:

Es competencia privativa del Congreso, la fijación de las escalas de remuneración de salarios de los empleados públicos del orden nacional, su incremento y la determinación del porcentaje que de los mismos corresponda a gastos de representación. Constituyen ejemplo más reciente del ejercicio de tal competencia los decretos expedidos en desarrollo de la Ley 76 de 1986, concretamente el Decreto número 0156 de 1987, por el cual se establecen las escalas de remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administra-

tivas Especiales del orden nacional. Dispone tal decreto en su artículo 8º que "a partir del 1º de enero de 1987, el cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual del empleo de Rectór de Universidad —Código 0045 del Nivel Directivo—, tendrá el carácter de gastos de representación".

Y el Decreto 0174 de 1987 establece en su artículo 2º, con efectos fiscales a partir del 1º de enero:

"El cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual de los empleos docentes de Experto I, II y III, Instructor Asistente, Instructor Asociado, Profesor Asistente, Profesor Asociado y Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia tendrá el carácter de gastos de representación".

También el cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de los empleados públicos docentes de la Escuela Superior de Administración Pública —ESAP—, tiene el carácter de gastos de representación, conforme lo dispone el artículo 1º del Decreto 0168 de 1987.

La remuneración mensual y la prima de antigüedad de los empleados públicos docentes y administrativos de las instituciones universitarias y tecnológicas oficiales del orden nacional, se incrementaron de acuerdo con los límites y porcentajes establecidos en el artículo 1º del Decreto número 175 de 1987, expedido así mismo por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias contenidas por la Ley 76 de 1986.

Las asignaciones del Personal Docente del Nivel Universitario de la Universidad Pedagógica Nacional se pagan en los términos y cuantías establecidas por el Decreto número 0194 de 1987, correspondiente también al ejercicio de las facultades contenidas por la Ley 76.

Al gravar con el impuesto sobre la renta y complementarios la totalidad de los pagos o abonos en cuenta provenientes de la relación laboral o legal y reglamentaria, el artículo 35 de la Ley 75 de 1986, exceptúa los gastos de representación que perciben los Rectores y Profesores de universidades oficiales. Y considera como gastos de representación exentos del gravamen un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario, es decir, que la exención opera sobre los gastos de representación percibidos durante el año gravable hasta un cincuenta por ciento del valor del salario.

Coinciden, pues, según lo expuesto, los términos de la exención tributaria con los de los porcentajes señalados como gastos de representación al Rector de Universidad por el artículo 8º del Decreto 0156 de 1987, a los empleos docentes de la Universidad Nacional de Colombia por el artículo 2º del Decreto 174 de 1987 y a los de la ESAP por el artículo 1º del Decreto 0168 de 1987.

Las Universidades Oficiales, denominadas "instituciones públicas de educación superior" según el artículo 50 del Decreto-ley 80 de 1980, son establecimientos públicos nacionales o locales, unidades administrativas especiales o dependencias docentes del Ministerio de Educación Nacional.

Los establecimientos públicos nacionales deben ser creados por la ley y éste también debe determinar las escalas de remuneración de los empleos. Los de carácter departamental y municipal son creados, respectivamente, por las Ordenanzas y Acuerdos y estos actos deben prescribir las escalas de remuneración de los empleos de esas entidades (art. 76, ordinal 9º, art. 187, ordinal 6º y 197, ordinal 3º de la Constitución).

Las Juntas o Consejos Directivos de las mencionadas entidades, cualquiera sea su denominación específica, tienen la facultad de crear los empleos necesarios y determinar sus funciones y la remuneración. También corresponde establecer los gastos de representación.

Las unidades administrativas especiales de carácter nacional se rigen por la ley que las origina y regula. De ordinario la Junta o Consejo Directivo ejerce las funciones indicadas anteriormente.

Las entidades docentes del Ministerio de Educación Nacional se rigen, salvo las disposiciones especiales, por las que correspondan a la administración nacional sobre la base de la estructura administrativa y de la escala de remuneración de los empleos prescritos por la ley. El Gobierno tiene la facultad de crear empleos, asignarles funciones y determinar la remuneración con sujeción a la escala legal correspondiente (art. 120, ordinal 21 de la Constitución).

Sin embargo, el Decreto-ley 272 de 1982, dispone que los empleos "de que tratan los Decretos extraordinarios 80, 82 y 83 de 1980 se ubicarán dentro de los niveles contemplados en los Decretos extraordinarios 712 y 1042 de 1978 y demás normas que los modifican o adicionan, con la denominación de códigos y grados que el mismo Decreto establece" (art. 1º). Además esos mismos empleados, según el artículo 2º del mismo decreto "se clasifican y remuneran conforme al sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público señalados en los Decretos extraordinarios 712 y 1042 de 1978 y demás normas que los modifican y adicionan".

Pero, lo expuesto no obsta para que las instituciones públicas de educación superior puedan crear otros cargos, atribuirles funciones y asignarles remuneración; como también disponer que algunos cargos tengan, según las necesidades, gastos de representación (art. 59 del Decreto-ley 80 de 1980 y 13 del Decreto-ley 82 de 1980). Los cargos de profesores pueden quedar comprendidos por estas disposiciones y quienes los desempeñen tener derecho a percibir, además de la remuneración, gastos de representación.

Se pregunta si el artículo 35 de la Ley 75 de 1986 que define como rentas exentas los gastos de representación de los "Rectores y Profesores de Universidades Oficiales" hasta una cuantía equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración, sólo se refiere a los "profesores universitarios que con anterioridad a su expedición venían percibiendo gastos de representación".

La Sala considera que el artículo 35 de la Ley 75 de 1986 define como renta exenta los gastos de representación, hasta el límite antes indicado, reconocidos con anterioridad a su promulgación o con posterioridad a ella para todos los efectos relacionados con el impuesto

sobre la renta y complementarios a partir de la vigencia fiscal de 1986. Como la disposición que se comenta, no hace a este respecto, ninguna distinción, al intérprete, en rigor jurídico, no le es dable distinguir.

También se pregunta si el Consejo Superior puede aumentar la remuneración del Rector y de los Profesores, o disponer que una parte de la remuneración constituye gastos de representación, o si esta facultad incumbe al legislador o al Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias y *pro témpore*.

La Sala, con fundamento en lo expuesto responde:

1º Con fundamento en la estructura de la Universidad Oficial de carácter nacional y en la escala de remuneración de los empleos, prescrita por la ley, el Consejo Superior prescribe la remuneración del Rector, como también sus incrementos, lo propio debe hacer respecto de los demás cargos universitarios creados por la ley.

2º Sin embargo, como en los casos indicados, si la misma ley dispone los aumentos de la remuneración de esos funcionarios, sustituye así, con esta medida específica, a los Consejos Superiores de las Universidades Oficiales.

3º Del mismo modo, los Consejos Superiores deben prescribir los gastos de representación, que fueren necesarios, para esos funcionarios. Pero, si la ley, como en los casos indicados, los señala, reemplaza también a los Consejos Superiores.

4º Los Consejos Superiores de las Universidades Oficiales también deben crear los empleos necesarios, atribuirles funciones y señalarles remuneración. Les incumbe también, si fuere necesario, fijar a algunos de ellos gastos de representación.

5º Los gastos de representación prescritos por la ley o por actos de los Consejos Superiores de las Universidades Oficiales, según el artículo 35 de la Ley 75 de 1986, son renta exenta, hasta una cuantía equivalente al cincuenta por ciento de la remuneración.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES.

Incompetencia del Concejo del Distrito Especial de Bogotá para regular o ejercer atribuciones conferidas por la Ley 11 de 1986 a los Concejos Municipales comunes.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 140. Elección de Juntas Administradoras Zonales en el Distrito Especial de Bogotá.

El Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula a la Sala la siguiente consulta previas las siguientes consideraciones:

Fundamentos de la consulta:

La Constitución Política, en su artículo 171, preceptúa:

"Todos los ciudadanos eligen directamente Presidente de la República, Senadores, Representantes, Diputados, Consejeros Intendenciales y Comisariales, Alcaldes y Concejales Municipales y del Distrito Especial" (Acto legislativo número 1 de 1986).

Con respecto a los Concejos Municipales, el artículo 196 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

"En cada distrito municipal habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará concejo municipal, y estará integrada por un mínimo de seis ni más de veinte miembros, según lo determine la ley, atendida la población respectiva. El número de suplentes será el mismo de los concejales principales y reemplazarán a estos en caso de falta absoluta o temporal, según el orden de colocación en la respectiva lista electoral.

La ley determinará las calidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos.

Los concejos podrán crear juntas administradoras locales para sectores del territorio municipal, asignándoles algunas de las funciones y señalando su organización, dentro de los límites que determine la ley".

"Son atribuciones de los concejos, que ejercen conforme a la ley, las siguientes:

1ª Ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito.

2ª Votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales.

3ª Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

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

5ª Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio con base en el proyecto presentado por el alcalde.

6ª Elegir personeros municipales y los demás funcionarios o empleados que la ley determine.

7ª Autorizar al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, *pro tempore*, precisas funciones de las que corresponden a los concejos, y

8ª Ejercer las demás funciones que la ley les señale".

Sobre el régimen aplicable a la ciudad de Bogotá, el artículo 199 de la Constitución dispone lo siguiente:

"La ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un distrito especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro, de las condiciones que fije la ley. La ley podrá agregar otro u otros municipios circunvecinos al territorio de la capital de la República, siempre que sea solicitada la anexión por las tres cuartas partes de los concejales del respectivo municipio".

Y el artículo 200 de la Constitución Nacional agrega lo siguiente:

"Sobre las rentas departamentales que se causen en Bogotá, la ley determinará la participación que le corresponda a la capital de la República".

El Decreto 3133 de 1968 señala las funciones del Concejo de Distrito Especial de Bogotá, en estos términos:

"Artículo 13. Además de las atribuciones conferidas por la Constitución y las leyes a los concejos municipales y en especial al de Bogotá, éste tendrá las siguientes:

1. Ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del distrito.

2. Votar de conformidad con la Constitución y la ley las contribuciones, impuestos tasas y gastos locales.

3. Determinar la estructura de la administración distrital, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

4. Crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta y fondos rotatorios del distrito.

5. Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del distrito, con base en el proyecto presentado por el alcalde.

6. Organizar el crédito público del distrito y ordenar la emisión de títulos de deuda pública. El valor nominal de los bonos de valorización no amortizados no podrá exceder el total recaudado en impuestos a la propiedad raíz en el año inmediatamente anterior.

7. Autorizar al alcalde para que con la sola aprobación de la Junta Asesora y de Contratos, pueda celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes distritales cuando su cuantía exceda de diez (10) millones de pesos. El concejo distrital podrá aumentar, cuando lo juzgue conveniente, el límite hasta el cual el alcalde, con la sola aprobación de la Junta Asesora y de Contratos pueda celebrar dichos contratos y negociaciones.

8. Conceder autorizaciones generales o especiales al alcalde para la celebración de contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes distritales en cuantía superior a aquella por la cual pueda contratar directamente.

9. Elegir personero y contralor, libremente para períodos de dos (2) años, contados a partir del primero de enero.

10. Crear personerías delegadas en los ramos civil, penal, administrativo u otras, cuando lo estime conveniente.

11. Reglamentar las funciones y deberes de los empleados del Distrito y de los representantes del concejo en otras entidades, y fijar las calidades y condiciones para el desempeño de los cargos.

12. Dictar, a iniciativa del alcalde, las normas básicas sobre la organización de la carrera administrativa de los funcionarios del distrito.

13. Delegar en comisiones o juntas en su seno, en forma precisa, algunas de las atribuciones que le corresponden y en especial la de aprobar determinados actos y contratos sin perjuicio de las atribuciones legales de la Junta Asesora y de Contratos.

14. Autorizar al alcalde para delegar funciones administrativas o de policía en los secretarios u otros funcionarios; la delegación conlleva la responsabilidad correspondiente.

15. Revestir, *pro tempore*, al alcalde, de precisas facultades de las que corresponden al concejo distrital, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

16. Dictar los Códigos para el Distrito en materia de policía, fiscal, de tránsito y transporte, de construcción y administración.

17. Dictar, a iniciativa del alcalde, las reglamentaciones urbanísticas y restricciones administrativas para las diversas zonas del Distrito Especial, pudiendo establecer prohibiciones para la urbanización y parcelación de determinadas zonas dentro del territorio del distrito.

18. Exigir los informes que considere conveniente de los funcionarios del distrito o de sus empresas descentralizadas por intermedio del respectivo secretario, director o gerente; y la cooperación de los organismos técnicos distritales para el mejor desempeño de sus funciones.

19. Elegir Presidente y los Vicepresidentes del concejo para períodos hasta de un año.

20. Elegir secretario general del concejo para períodos de dos (2) años, quien deberá reunir las mismas calidades que para ser elegido concejal.

21. Proveer los empleos necesarios para el funcionamiento normal del concejo.

22. Ejercer las demás funciones que la ley le señale".

Finalmente, con respecto a las Juntas Administradoras Zonales, el Concejo de Bogotá expidió el Acuerdo número 8 de 1987, cuyos apartes pertinentes disponen lo siguiente:

"Artículo quinto. Las Juntas Administradoras Zonales estarán integradas cada una por siete (7) miembros así: Seis (6) miembros elegidos por votación directa de los ciudadanos residentes en la respectiva zona, y el Alcalde Zonal quien la presidirá.

"Artículo octavo. Salvo el del Alcalde Zonal, el período de los miembros de las Juntas Administradoras Zonales será de dos (2) años coincidirá con el período de los Concejales del Distrito Especia de Bogotá.

"La primera elección de miembros de las Juntas Administradoras Zonales coincidirá con la primera elección de Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá el domingo trece (13) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988). El período de los miembros de las Juntas Administradoras Zonales elegidos por votación directa ciudadana que se elijan en el período que se ha iniciado para los actuales Concejales de Bogotá terminará al concluir éste en el año de 1990".

Adicionalmente a la norma anteriormente transcrita, es necesario considerar la respuesta dada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicada con el número 32 y fechada el día 24 de abril de 1986, cuyos numerales quinto, sexto y séptimo se transcriben a continuación:

"5º A las anteriores consideraciones cabe añadir la historia de la Ley 11 de 1986. Originalmente en el proyecto presentado a la consideración del Congreso se había dicho que las normas de esa ley serían 'aplicables al Distrito Especial de Bogotá en cuanto fueran contrarias al Decreto 3133 de 1968 y demás disposiciones que lo adicionan y reforman'. No obstante en los debates del Congreso esta cláusula fue eliminada, porque consideró el legislador, en su sabiduría, que 'es idea del constituyente que la capital de la República tenga un estatuto unitario independiente y especial en el que su ordenamiento jurídico no dependa, aún por referencia sustitutiva, de las normas o el régimen general de los municipios comunes'.

6º De otra parte, el epígrafe y el contenido mismo de la Ley 11 de 1986 se refieren al régimen ordinario de la administración municipal, para no incluir dentro de ese régimen al Distrito Especial de Bogotá, el cual, por expresa disposición constitucional, tiene régimen propio, lo que equivale a decir que se requeriría disposición expresa de la ley. No habiéndolo hecho así el legislador, ha de entenderse que el Distrito Especial de Bogotá no quedó cobijado por las disposiciones de la Ley 11 de 1986.

"Si bien es cierto que es conveniente o necesario que algunas de las novedades incorporadas en la Ley 11 de 1986, relativas a la dirección de la descentralización administrativa y a la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales, le sean aplicables al Distrito Especial de Bogotá, habría la necesidad de aprobar una nueva ley que así lo dispusiera de manera expresa".

Se consulta:

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se consulta:

1. Tiene competencia el Concejo de Bogotá para ordenar la elección de Juntas Administradoras Zonales, mediante la votación directa de los ciudadanos?

2. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, tiene competencia el Concejo de Bogotá para ordenar la elección de Juntas Administradoras Zonales, en fecha coincidente con la elección popular de Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, a pesar de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 11 de 1986?

3. Puede legalmente la Registraduría Nacional del Estado Civil, intervenir en las elecciones previstas en los artículos 5º y 8º del Acuerdo 8 de 1987, expedido por el Concejo de Bogotá?

La Sala considera y responde:

1. La Sala en pasada oportunidad que ahora reitera, se había pronunciado sobre la inaplicabilidad de la Ley 11 de 1986 al Distrito Especial de Bogotá, en concepto de veinticuatro (24) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), con ponencia del Consejero Jaime Paredes Paredes, al responder una consulta planteada por el señor Ministro de Gobierno en relación con la aplicación de la Ley 11 de 1986 al Distrito Especial de Bogotá, la Sala expresó:

"...4. Es lógico que este Decreto (el 3133 de 1968) por su grado de especialización y la disposición constitucional contenida en el artículo 199, hacen inaplicable al Distrito Especial de Bogotá la Ley 11 de 1986 que es un Estatuto General.

"5. A las anteriores consideraciones cabe añadir la historia de la Ley 11 de 1986. Originalmente en el proyecto presentado a la consideración del Congreso se había dicho que las normas de esa ley serían 'aplicables al Distrito Especial de Bogotá en cuanto no fueran contrarias al Decreto 3133 de 1968 y demás disposiciones que lo adicionan y lo reforman'. No obstante en los debates del Congreso esta cláusula

fue eliminada, porque consideró el legislador, en su sabiduría, que 'es idea del constituyente que la capital de la República tenga un estatuto unitario independiente y especial en el que su ordenamiento jurídico no dependa, aún por referencia sustitutiva, de las normas o el régimen general de los municipios comunes'.

"6. De otra parte, el epígrafe y el contenido mismo de la Ley 11 de 1986 se refieren al régimen odinario de la administración municipal, pero no mencionan en modo alguno al Distrito Especial de Bogotá, el cual, por expresa disposición constitucional, tiene régimen propio, lo que equivale a decir que se requeriría disposición expresa de la ley. *No habiéndolo hecho así el legislador, ha de entenderse que el Distrito Especial de Bogotá no quedó cobijado por las disposiciones de la Ley 11 de 1986.*

"7. Si se considera conveniente o necesario que algunas de las sociedades incorporadas en la Ley 11 de 1986, *relativas a la dirección de la descentralización administrativa y a la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales le sean aplicables al Distrito Especial de Bogotá, habría la necesidad de aprobar una nueva ley que así lo dispusiera de manera expresa*" (Las subrayas no pertenecen al texto original).

2. Del texto de la consulta elevada, se infiere que las respuestas a tales interrogantes deben deducirse frente a la Ley 11 de 1986, que en sus artículos 16 y siguientes regulan todo lo atinente a las denominadas Juntas Administradoras Locales, sus funciones, composición, forma de integración, etc. Sin embargo como lo ha sostenido la Sala en la providencia anteriormente transcrita, la Ley 11 de 1986 no le es aplicable al Distrito Especial de Bogotá, lo que implica que el Concejo del Distrito Especial carece de competencia para regular o ejercer aquellas atribuciones que hubiere conferido la ley a los concejos municipales.

Así las cosas, el Acuerdo número 8 de 1987 no podía ser expedido por el Concejo Distrital por falta de competencia, por cuanto la Ley 11 de 1986 no le es aplicable al Distrito Especial de Bogotá; ni el artículo 13 del Decreto-ley 3133 de 1968 le otorga atribuciones para regular el tema de las Juntas Admninistradoras Locales, y tampoco existe otra ley especial que permita desarrollar para el Distrito Especial dichas Juntas Administradoras Locales —que no zonales—, de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Nacional.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTARIOS. REGISTRADORES Y SUS EMPLEADOS SUBALTERNOS. AFILIADOS FORZOSOS A LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

Con derecho a disfrutar de las correspondientes prestaciones sociales y con obligación de entregarle las cuotas de afiliación y aportes mensuales prescritas por la ley: AUXILIO DE CESANTIA. El artículo 7º de la Ley 33 de 1985 tiene por objeto hacer que el auxilio de cesantía sea pagada directamente por las entidades en las cuales se cause y limitar hasta el 31 de diciembre de 1984 las obligaciones de la Caja Nacional de Previsión Social relacionadas con la misma prestación social.

CAUSALES PARA PEDIR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE CESANTIA, PARCIAL O DEFINITIVA.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 134.

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

"¿La cuota de afiliación sólo fue obligación legal para los Notarios y sus empleados subalternos desde la fecha de vigencia del Decreto 1302 de 1981 (19 de mayo); o por virtud de la afiliación forzosa consagrada desde 1957, era su obligación el pago de dicha cuota, en los términos previstos por las disposiciones generales citadas?

"La Ley 33 de 1985, no establece, como sí lo hizo el Decreto número 3118 de 1968 que crea el Fondo Nacional de Ahorro, procedimiento o pasos para hacer claro y operativo al traspaso de obligaciones de la Caja Nacional de Previsión a las entidades respectivas, circunstancia que propicia dudas como las que a continuación se plantean:

"1. A los subalternos de Notaría que solicitan la liquidación y pago de cesantías hasta 31 de diciembre de 1984 o hasta el monto de las transferencias efectuadas por los Notarios, sin que se haya producido su retiro definitivo del cargo, se les debe liquidar el auxilio como parcial o definitivo?

"2. A los Notarios que soliciten se les cancele el auxilio de cesantía hasta 31 de diciembre de 1984 o hasta el valor de las transferencias

hechas por ellos, sin que se haya producido la dejación del cargo, se les liquidará como definitiva o parcial?".

La Sala considera:

1º Como se expone en el enunciado de la consulta, el artículo 1º del Decreto 59 de 1957 dispuso que "a partir del primero (1º) de julio" de ese año "los Notarios y Registradores y sus subalternos de carácter permanente serán afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión". Y el artículo 3º *ibídem* complementariamente prescribió que los empleados mencionados deben pagar cuotas de afiliación y hacer aportes mensuales a la indicada Caja; los subalternos "con base en las nóminas aprobadas por el Ministerio de Justicia" y los Notarios y Registradores en "el promedio mensual de las entradas líquidas del año inmediatamente anterior", deducido por el Ministerio de Justicia de las cuentas que los mismos les remitan y comunicado a la Caja el mes de enero de cada año. El derecho a disfrutar de las prestaciones sociales también se reconoció, según el artículo 1º del Decreto 59 de 1957, desde el 1º de julio de ese mismo año.

El artículo 10 de la Ley 1ª de 1962 reiteró que "tanto los notarios y registradores como sus respectivos empleados serán afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social" y que como tales "gozarán de todas las prestaciones que dicha entidad tiene establecidas y de las que en lo futuro se establezcan".

De manera que, según lo expuesto, desde el 1º de julio de 1957 los notarios y registradores, como sus empleados subalternos, son afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social, con derecho a disfrutar de las correspondientes prestaciones sociales y con obligación de entregarle las cuotas de afiliación y los aportes mensuales prescritos por la ley.

2º El artículo 2º de la Ley 4ª de 1966 determinó la proporción de la cuota de afiliación y de los aportes mensuales de los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social y el artículo 3º *ibídem* la de la cuota patronal para las personas, naturales o jurídicas, que tengan afiliados forzosos, en ellos comprendidos los registradores y notarios.

Sin embargo, como se expuso antes, la afiliación forzosa de notarios, registradores y empleados subalternos a la Caja Nacional de Previsión Social y el derecho a disfrutar de las prestaciones sociales correspondientes se reconocieron desde el 1º de julio de 1957. Y si el Decreto 59 del año indicado no señaló específicamente la manera de liquidar la cuota de afiliación y los aportes mensuales, tras determinar las bases, al efecto obviamente remitió a los porcentajes vigentes en esa época.

3º Se pregunta si a los subalternos de las notarías que soliciten liquidación de cesantía hasta el 31 de diciembre de 1984 o hasta concurrencia de las transferencias, sin que se hayan retirado del servicio, se les debe reconocer y liquidar ese auxilio en forma parcial o definitiva.

El artículo 7º de la Ley 33 de 1985 dispone que "las entidades que en la actualidad pagan cesantías a través de la Caja Nacional de

Previsión, asumirán directamente el pago de dicha prestación a partir del 1º de enero de 1985" y que "la Caja pagará cesantías a los empleados oficiales que cubran entidades hasta concurrencia del valor de las transferencias que estas hubieren (sic) efectuado".

La disposición transcrita tiene por objeto hacer que el auxilio de cesantía sea pagado directamente por las entidades en las cuales se cause y limitar, hasta el 31 de diciembre de 1984, las obligaciones de la Caja Nacional de Previsión Social relacionadas con la misma prestación social.

Por consiguiente, la norma que se comenta, al determinar la fecha hasta la cual las cesantías serán pagadas por la Caja Nacional de Previsión Social, no instituyó una nueva causal legal para solicitar cesantía definitiva, sino que simplemente deslindó la obligación de pagar esa prestación social: La Caja Nacional de Previsión Social debe pagar las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 1984, hasta concurrencia del valor de las transferencias que hubiera recibido, y las entidades directamente obligadas las causadas o que se causen desde el 1º de enero de 1985.

Las causales legales para pedir el reconocimiento y pago de cesantía, parcial o definitiva, son las prescritas por la ley.

Si los empleados subalternos, sin retirarse del servicio, pidieron a la Caja Nacional de Previsión Social que les reconozca y pague las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 1984, o hasta concurrencia de los aportes, es claro que no son definitivas sino parciales. Por consiguiente, para obtener que se disponga su reconocimiento y pago, los solicitantes deben invocar y comprobar una de la causales legales que permiten reconocer y pagar cesantía parcial.

4º Se pregunta si los notarios, sin que se hayan separado de sus cargos, le piden a la Caja Nacional de Previsión Social el pago de sus cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 1984, o hasta el valor de las transferencias, esas prestaciones sociales se les deben liquidar en forma parcial o definitiva.

Las consideraciones expuestas para responder la pregunta anterior son pertinentes para contestar la antes enunciada: Como no se las solicita por retiro del servicio, las cesantías no son definitivas sino parciales; por consiguiente, los interesados deben invocar y comprobar una de las causales, prescritas por la ley, para su reconocimiento y pago.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

GASTOS DE REPRESENTACION.

Derecho a estos por los profesores universitarios oficiales. Su porcentaje exento. Decreto 174 de 1987. Ley 75 de 1986, artículo 35-7º parte final. Decreto 156 de 1987.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta relacionada con los gastos de representación de los profesores universitarios oficiales. Radicación número 137.

El señor Ministro de Educación Nacional formula a la Sala una consulta redactada en los siguientes términos textuales:

> Tienen los profesores universitarios oficiales derecho a devengar gastos de representación?

En las consideraciones adicionales a la consulta, el señor Ministro plantea la duda consistente en que la Ley 75 de 1986, en su artículo 35, numeral 7, declaró exentos del pago de impuesto sobre la renta y complementarios "los gastos de representación que perciban en razón a la naturaleza de las funciones que desempeñan,... los rectores y profesores de Universidades Oficiales", pero por otra parte ni el Decreto 175 de 1987, por el cual se reajustó la remuneración del personal docente que presta sus servicios en las instituciones universitarias, ni los decretos sobre la materia expedidos en años anteriores, han estipulado como parte del salario los gastos de representación.

Sin embargo —agrega el señor Ministro— los profesores de universidades oficiales del país han interpretado lo dispuesto en la Ley 75 de 1986, como adquisición del derecho de devengar gastos de representación.

El artículo 35-7º, inciso final, de la mencionada ley, señala además que en el caso de rectores y profesores de universidades oficiales, los gastos de representación no podrán exceder del cincuenta por ciento (50%) de su salario.

La Sala considera:

La expresión *gastos de representación* tiene, en el Diccionario de la Lengua Española, las dos acepciones siguientes:

1. Asignación suplementaria aneja a ciertos cargos del Estado para su más decoroso desempeño. Y,

2. Haberes que reciben algunos funcionarios de elevada categoría a quienes no señalan sueldo las leyes.

En la Constitución Política la expresión gastos de representación figura en el artículo 113 para denotar una asignación suplementaria al sueldo anual que devengan los congresistas. Inicialmente, el Acto Legislativo número 1 de 1968, artículo 34, disponía:

> Los miembros del Congreso tendrán, durante todo el período constitucional respectivo, el sueldo anual y los gastos de representación que determine la ley.

Sustituido por el Acto Legislativo número 1 de 1983, el artículo 1º, la disposición contenida en el artículo 113 constitucional ha quedado redactada de la manera siguiente:

> Los miembros del Congreso tendrán sueldo anual y gastos de representación. Cada año el Contralor General de la República informará en detalle sobre el porcentaje promedio ponderado de todos los cambios ocurridos durante el último año en la remuneración de los servidores de la Nación.
>
> El sueldo y los gastos de representación de los congresistas variarán en el mismo sentido y el mismo porcentaje a partir del 1º de enero de 1984, conforme al informe que rinda el Contralor General sobre los cambios ocurridos en la remuneración de los servidores en el año inmediatamente anterior.

El constituyente divide, pues, el salario de los miembros del Congreso en dos factores, a saber: Sueldo y gastos de representación.

Inicialmente una ley posterior debía determinar el monto de la asignación correspondiente al sueldo y lo atinente a los gastos de representación, pero a partir de 1984 el incremento salarial de los congresistas se efectúa de conformidad con el porcentaje promedio que resulta de ponderar los cambios ocurridos en la remuneración de los servidores de la Nación.

El legislador ordinario, por su parte, disponía que los gastos de representación no serían gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios.

Siguiendo aquella orientación constitucional, la ley hizo extensiva a altos funcionarios del Estado la división del salario entre sueldo y gastos de representación, con la finalidad básicamente tributaria de eximir a estos últimos del pago del impuesto sobre la renta.

Por esta vía se llegó a la expedición de la reforma tributaria de 1986.

La Ley 75 de dicho año dispuso en su artículo 35:

> Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios la totalidad de los pagos o abonos en cuenta proveniente de la relación laboral o legal y reglamentaria, con excepción de los siguientes:

7. *Los gastos de representación que perciban en razón a la naturaleza de las funciones que desempeñan,* el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Senadores, Representantes y Diputados, los Magistrados de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y sus Fiscales, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, los Jefes de Departamento Administrativo, los Superintendentes, los Gobernadores y Secretarios Departamentales de Gobernaciones, los Contralores Departamentales, los Alcaldes y Secretarios de Alcaldías de ciudades capitales de departamento, los Intendentes y Comisarios, los Consejeros intendenciales y los Rectores y Profesores de universidades oficiales.

En el caso de los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales, se considerará como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario. Para los Jueces de la República el porcentaje exento será del veinticinco por ciento (25%) sobre su salario.

En el caso de los Rectores y Profesores de Universidades Oficiales los gastos de representación *no podrán exceder* del cincuenta por ciento (50%) de su salario (Subraya la Sala).

La norma transcrita forma parte del Capítulo V de la Ley 75 de 1986, que se denomina RENTAS EXENTAS Y DEDUCCIONES. En relación con los gastos de representación, establece una exención tributaria. Unas veces formula la exención en forma directa y con precisión: Tal es el caso de los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales, y de los Jueces, para los cuales el porcentaje por concepto de gastos de representación es del 50% y el 25% de su salario, respectivamente. Pero otras veces (como en el caso de los rectores y profesores de universidades oficiales), no crea el derecho a los gastos de representación, sino que defiere a la respectiva ley de asignaciones la configuración de ese derecho con la división del salario, en forma determinada y concreta, entre sueldo y gastos de representación.

Los gastos de representación constituyen un factor del *salario* que al servir de complemento al sueldo (o asignación básica mensual), están exentos del pago de impuestos sobre la renta y complementarios, ya sea en forma total o parcial, según lo que al respecto disponga la ley.

Para los rectores y profesores de universidades oficiales, la ley tributaria ha dispuesto una exención por concepto de gastos de representación que *no podrá exceder* del 50% del correspondiente salario.

Compete, en consecuencia, a una norma jurídica especial la determinación del monto de las asignaciones y la división de estas entre sueldo y gastos de representación. Cualquiera sea el porcentaje del salario que fije a los gastos de representación, la parte exenta no podrá sobrepasar el límite indicado: El 50% de dicho salario.

La norma jurídica en la cual se establecen las escalas de remuneración de los empleos y se determina lo correspondiente a gastos de representación, podrá ser:

a) Una ley expedida por el Congreso (Constitución Política, art. 76, numeral 9º) o por el Presidente de la República en ejercicio de las pertinentes facultades extraordinarias (*ibidem*, art. 76, numeral 12), cuando se trate de empleos del orden nacional;

b) Una ordenanza de la respectiva Asamblea, cuando se trate de empleos de nivel departamental (Constitución Política, art. 187, numeral 5º). Y,

c) Un acuerdo del respectivo Concejo, cuando se trate de empleos del nivel municipal (Constitución Política, art. 197, numeral 3º).

En tratándose de establecimientos públicos, la ley, ordenanza o acuerdo, según el nivel de competencia, puede conferir atribuciones a las respectivas juntas directivas para que, en desarrollo del principio sobre "autonomía administrativa" que es inherente a las entidades descentralizadas, procedan a fijar los emolumentos de sus empleados y determinen el porcentaje que se destinará a gastos de representación.

Las universidades oficiales, que participan del carácter de establecimientos públicos, podrían entonces por intermedio de sus Consejos Superiores proceder a establecer la remuneración del rector y de los profesores, dividir el salario entre sueldo y gastos de representación, y cualquiera sea el porcentaje que a estos últimos asigne, la parte exenta para efectos del impuesto sobre la renta no podrá exceder del 50% por mandato de la Ley 75 de 1986.

En el presente año han sido expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 76 de 1986, varios decretos que fijan la asignación para empleos docentes o la respectiva escala de remuneración, así como lo concerniente a gastos de representación. Se mencionan, a guisa de ejemplo, los siguientes:

El Decreto 156 de 1987, cuyo artículo 8º preceptúa:

> A partir del 1º de enero de 1987, el cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual del empleo de Rector de Universidad Código 0345 del Nivel Directivo, tendrá el carácter de gastos de representación.

El Decreto 168 de 1987, por el cual se fija la remuneración del personal docente de la ESAP, cuyo artículo 1º, inciso 2º, es del tenor siguiente:

> El cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de los docentes a que se refiere este artículo, tendrá el carácter de gastos de representación.

El Decreto 174 de 1987, referente a la Universidad Nacional, en cuyo artículo 2º se dispone:

> El cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual de los empleos docentes de Experto I, II y III, Instructor Asistente, Instructor Asociado y Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia tendrá el carácter de gastos de representación.

Se concluye, pues, que los profesores universitarios oficiales tienen derecho a devengar gastos de representación en la forma que determinen las correspondientes normas jurídicas en las cuales se fijan sus asignaciones; y el porcentaje exento no excederá del 50% del salario de acuerdo con el mandato de la Ley 75 de 1986 contenido en la parte final de su artículo 35-7º, cuyos efectos fiscales rigen a partir del año gravable de 1986.

Transcríbase en sendas copias auténticas al señor Ministro de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

JUNTA CENTRAL DE CONTADORES.

1. Es una dependencia del Ministerio de Educación Nacional, en carácter de Junta, sin personería jurídica, cuyo respaldo legal se encuentra en los artículos 39 y 76 numeral 9 de la Constitución Nacional, con fundamento en los cuales fue expedida la Ley 145 de 1960.

2. Creación, funcionamiento características, remuneración de sus empleados, adquisición de inmuebles y de muebles.

3. EL VALOR DE LOS SERVICIOS QUE PRESTA. (Derechos de inscripción, expedición de certificados y de constancias de vigencias de matrículas de los contadores públicos). Requiere de expresa determinación por ley, en la cual se autorice su cobro. Mientras la ley no señale la cuantía de tales servicios, o autorice al gobierno para hacerlo (Constitución Nacional, art. 76 numeral 12), será necesario deducir gratuidad.

4. Multas: Imposición. El producido ingresará al Instituto de Seguros Sociales.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre facultades y características de la Junta Central de Contadores. Radicación número 141.

El señor Ministro de Educación Nacional formula a la Sala una consulta concebida en los términos siguientes:

En cumplimiento del artículo 38, numeral 2º del Código Contencioso Administrativo, este despacho se permite someter a consideración en vía de consulta, los siguientes puntos relacionados al procedimiento que debe realizar la Junta Central de Contadores, entidad disciplinaria, dependiente de este Ministerio:

1. Conforme a las normas que me permito adjuntar, no existen disposiciones que puedan establecer la recaudación de dineros provenientes de auxilios, donaciones de entidades particulares o de los mismos contadores?

2. Podría la Junta Central de Contadores, cobrar el costo de algunos servicios que prestan, como los derechos de inscripción, o los certificados y constancias de vigencia de matrículas de los contadores públicos?

3. Puede la Junta Central de Contadores, adquirir a nombre propio los bienes muebles e inmuebles para su correcto funcionamiento?

La Sala considera:

La Junta Central de Contadores, creada por el Decreto legislativo 2373 de 1956, se encuentra organizada de conformidad con la Ley 145 de 1960 que, en desarrollo del artículo 39 de la Constitución Política, reglamenta el ejercicio de la profesión de contador público.

Además de la Ley 145 de 1960 existen algunos decretos reglamentarios de ésta y que se refieren a la Junta Central de Contadores, como los distinguidos con los números 1109 de 1963, 768 de 1978 y 907 de 1983.

La Junta Central de Contadores, que tiene fundamentalmente el carácter de entidad disciplinaria de la profesión de contador, puede ejercer entre otras las siguientes funciones conferidas por la ley:

—Autorizar la inscripción de los contadores públicos en los libros respectivos, y las licencias y certificados del caso.

—Llevar un registro de los contadores públicos tanto titulares como autorizados.

—Expedir los certificados que habilitan a una persona para ejercer las funciones indicadas en la ley reglamentaria de la profesión de contador.

—Imponer a los contadores y a las firmas de contadores las sanciones previstas en la ley de la contaduría y en sus decretos reglamentarios.

—Establecer Juntas Seccionales y delegar en ellas ciertas funciones.

—Darse su propio reglamento interno, el cual requerirá la aprobación del Ministerio de Educación Nacional.

La Ley 145 de 1960 prevé que la Junta Central de Contadores tendrá las características que en forma resumida se presentan a continuación:

a) Funcionará en la capital de la República como dependencia del Ministerio de Educación Nacional;

b) Estará integrada por seis miembros que son: El Ministro de Educación, el Superintendente de Sociedades, el Decano de la Facultad Nacional de Contaduría y Ciencias Económicas, un representante de la Asociación Colombiana de Universidades, un representante de los contadores públicos titulados y un representante de los contadores públicos autorizados;

c) Tendrá un secretario permanente y los demás empleados que fueren necesarios, de libre nombramiento y remoción de ella misma, los cuales se considerarán como trabajadores oficiales para todos los efectos legales;

d) El pago de honorarios a los miembros de la Junta Central de Contadores que no tengan carácter de funcionarios públicos, se imputará al presupuesto del Ministerio de Educación Nacional, "lo mismo que los sueldos y demás gastos de la Junta Central";

e) La vía gubernativa de las decisiones de la Junta Central de Contadores se agotará mediante el recurso de apelación ante el Ministro de Educación. Y,

f) Las multas que imponga la Junta Central de Contadores de acuerdo con la ley, serán a favor del Instituto de Seguros Sociales (ISS); la resolución, una vez en firme, prestará mérito ejecutivo ante los jueces competentes.

De los aspectos anotados se deduce que la Junta Central de Contadores es una dependencia del Ministerio de Educación Nacional. Pertenece, con el carácter de Junta, a la estructura administrativa de dicho Ministerio, así no figure en el decreto reorgánico del Ministerio de Educación (Decreto-ley 088 de 1976), actualmente vigente.

Ciertamente la Junta tiene su respaldo en los artículos 39 y 76, numeral 9, de la Constitución Nacional, con fundamento en los cuales fue expedida la Ley 145 de 1960.

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida el 24 de septiembre de 1981, declaró exequibles los artículos 15 y 16 de la Ley 145 de 1960 —que habían sido parcialmente demandados—, con excepción del numeral 8º del artículo 15 en el cual se incluía como una de las funciones de la Junta Central de Contadores la de elaborar y divulgar, previa aprobación del Ministerio de Educación, un código de ética profesional para Contadores.

Como consecuencia de dicho fallo, recibieron el respaldo jurídico de constitucionalidad los numerales 11 (que permite a la Junta Central de Contadores darse su propio reglamento interno, con aprobación del Ministerio de Educación Nacional), y 12 (que la autoriza para establecer Juntas Seccionales), ambos del artículo 15, así como el artículo 16 en la parte demandada y que se relaciona con el nombramiento y remoción por parte de la Junta Central del secretario y los demás empleados cuyos cargos hayan sido creados por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 17 de la Ley 145 de 1960.

El vocablo Junta, según el Diccionario de la Lengua Española, significa "reunión de varias personas para conferenciar o tratar de un asunto" o "conjunto de los individuos nombrados para dirigir los asuntos de una colectividad".

La Central de Contadores a que se refiere la Ley 145 de 1960 está integrada por seis miembros y ejerce las funciones enumeradas en el artículo 15 de la misma ley.

La Junta Central de Contadores carece de personería jurídica y, por tanto, está desprovista de los atributos que la ley concede a las personas jurídicas. No es entidad de derecho público, ni unidad administrativa especial. Se repite que funciona como una dependencia del Ministerio de Educación Nacional, y que sus empleados son pagados

con dineros del presupuesto asignado, en el Presupuesto de la Nación, al referido Ministerio.

Por consiguiente, dicha Junta no puede adquirir a nombre propio bienes inmuebles. Los que requiera para su funcionamiento, podrán ser adquiridos con destino al Ministerio de Educación, por el Fondo de Inmuebles Nacionales de que trata la Ley 47 de 1971 y el Decreto reglamentario 369 de 1972. También la adquisición de bienes muebles necesarios para la dotación de sus oficinas, deberá sujetarse a las normas legales y reglamentarias que regulan esta materia y en relación con LA NACION - Ministerio de Educación.

El valor de los servicios que presta (derechos de inscripción, expedición de certificados y de constancias de vigencia de matrículas de los contadores públicos, etc.), requiere de expresa determinación por ley, en la cual se autorice su cobro. Mientras la ley no señale la cuantía de tales servicios, o autorice al gobierno para hacerlo (Constitución Nacional, art. 76, numeral 12), será necesario deducir su gratuidad.

Respecto de multas, puede imponerlas de conformidad con la Ley 145 de 1960 y decretos reglamentarios, pero el producido de las mismas debe ingresar al Instituto de Seguros Sociales (ISS), por disposición del artículo 21 de la precitada ley.

Se deja así absuelta la consulta.

Transcríbase en sendas copias auténticas al señor Ministro de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES DEL INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL.

APORTES AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO PARA VIVIENDA.

Naturaleza. No constituye factor de salario.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la prestación que el artículo 6º del Decreto-ley 294 de 1981 denomina "Del estímulo al ahorro para la vivienda" y si puede aplicarse como factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales a los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Crédito Territorial. Radicación número 145.

Después de hacer algunas explicaciones relacionadas con los Estatutos del Instituto de Crédito Territorial y los que rigen el Fondo de Ahorro para la Vivienda Inscredial, FAVI, y de transcribir disposiciones del Decreto-ley 294 de 1981 "por el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos al servicio del Instituto de Crédito Territorial", el señor Ministro de Desarrollo Económico formula a la Sala la siguiente consulta:

1ª El aporte que el Instituto de Crédito Territorial hace al FAVI para sus empleados públicos y trabajadores oficiales, como prestación social que se reconoce y paga mensualmente por virtud de la ley y de la Convención, respectivamente. ¿Constituye factor de salario para liquidación de las prestaciones sociales consagradas por los Decretos-leyes 1045 de 1978 y 294 de 1981 respecto de sus empleados públicos y por Convención Colectiva para sus trabajadores oficiales?

2ª En caso afirmativo, ¿a partir de cuándo deberá incluirse como factor de salario para liquidación de prestaciones sociales ya reconocidas y pagadas o causadas, teniendo en cuenta las normas sobre prescripción de las prestaciones sociales?

La Sala considera:

I. El FAVI y los aportes del ICT.

El Gobierno Nacional mediante el Decreto 294 de 1981, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 42

de 1980, estableció el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos al servicio del Instituto de Crédito Territorial.

El decreto mencionado reguló, en su artículo 6º, el denominado "Estímulo al ahorro para la vivienda", en los siguientes términos:

> A través del Fondo de Ahorro para Vivienda, asociación con personería jurídica reconocida por el Ministerio de Justicia, mediante Resolución número 619 de 5 de marzo de 1963, el Instituto de Crédito Territorial aportará a sus empleados públicos el 10% de su remuneración mensual para vivienda, siempre que estos ahorren en dicha asociación de conformidad con los reglamentos existentes sobre la materia.
>
> Parágrafo. El Instituto de Crédito Territorial actualizará sus aportes al Fondo de Ahorro para Vivienda, correspondiente a los empleados públicos de la entidad, que a la fecha de expedición del presente decreto se encuentren a él afiliados, de conformidad con la reglamentación existente sobre la materia.

Por su parte, la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Instituto de Crédito Territorial y el Sindicato de Trabajadores Oficiales del mismo Instituto en el año de 1982, en el Capítulo 6º, titulado PRESTACIONES SOCIALES Y OTROS BENEFICIOS, incluyó la cláusula número 21 sobre los aportes al Fondo de Ahorro para Vivienda, FAVI. Allí se dispuso que el Instituto deberá aportar al FAVI el 10% del sueldo mensual de los trabajadores socios y que para tener derecho a este beneficio es menester que los trabajadores ahorren un determinado porcentaje de su sueldo.

La cláusula 21 de la referida Convención termina con un inciso que textualmente dice: "Quienes no ahorren sólo tendrán derecho a recibir como aporte del Instituto de Crédito Territorial el 4% de su sueldo mensual y perderán el derecho a usar los servicios al FAVI".

En cuanto al Fondo de Ahorro para Vivienda Inscredial, FAVI, sus Estatutos (reforma de 1986) señalan que es una asociación de derecho privado, sin ánimo de lucro, con domicilio principal en Bogotá, D. E., y ámbito de operaciones en todo el territorio de la República; dispone de personería jurídica reconocida por el Ministerio de Justicia en el año de 1963; pueden ser socios, tanto los empleados como los trabajadores oficiales del Instituto; y su objeto fundamental consiste en la destinación de los recursos a la solución de vivienda de sus asociados mediante el otorgamiento de créditos en diversas modalidades.

II. Del salario, de los factores de salario y de las prestaciones.

El salario es retribución por el trabajo.

La *prestación* es derecho que la ley reconoce al trabajador, además del salario, por los servicios prestados.

Constituyen salario, según la ley colombiana, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

En ese sentido se orienta la legislación laboral desde la expedición en el año de 1950 del Código Sustantivo del Trabajo, que en su artículo 127 determina el concepto de salario con estas palabras:

> Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que reciba el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades.

Respecto de los *factores de salario* para la liquidación de las prestaciones sociales, la norma vigente para la Rama Ejecutiva del orden nacional (con las excepciones contempladas en el art. 104), es el Decreto-ley 1042 de 1978, expedido por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5ª del mismo año. En su artículo 42, que lleva el subtítulo *De otros factores de salario*, establece el siguiente precepto:

> Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor de trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.
>
> Son factores de salario:
>
> a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este decreto;
>
> b) Los gastos de representación;
>
> c) La prima técnica;
>
> e) El auxilio de alimentación;
>
> d) El auxilio de transporte;
>
> f) La prima de servicio;
>
> g) La bonificación por servicios prestados;
>
> h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

Obrando ya de manera particular y concreta, el Decreto-ley 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas para la aplicación de las normas sobre *prestaciones sociales* de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, determina en varias de sus disposiciones cuáles son los factores de salario para la liquidación de prestaciones, así:

Artículo 33. De los factores de salario para liquidar la prima de navidad.

Artículo 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

Artículo 46. De los factores de salario para liquidar otras prestaciones (el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, las indemnizaciones por accidentes de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte).

De igual modo, el Decreto-ley 1042 de 1978, artículo 58, determina los factores de salario para liquidar la prima de servicios de los empleados de la Rama Ejecutiva, con algunas excepciones, y el Decreto-ley 294 de 1981, artículo 2º, parágrafo, los factores de salario para liquidar la prima semestral de los empleados públicos del Instituto de Crédito Territorial.

Conclusiones:

El estímulo al ahorro para la vivienda, que obliga al Instituto de Crédito Territorial a aportar el 10% de la remuneración mensual de sus empleados públicos y trabajadores oficiales (siempre que unos y otros ahorren de conformidad con los reglamentos existentes sobre la materia), con destino al Fondo de Ahorro para Vivienda Inscredial, FAVI, está concebido en el Decreto-ley 294 de 1981 y en la Convención Colectiva de Trabajo, como una prestación con la cual se procura dar solución total o parcial a las necesidades de vivienda de los servidores del Instituto de Crédito Territorial.

Ninguna de las normas legales transcritas en el acápite II, incluye dicha prestación como factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales. Ni tampoco puede inferirse que se trata de una "bonificación por servicios prestados...", por cuanto la bonificación (de *abonar:* Hacer buena una cosa o mejorarla), que tiene significado general de *descuento* en lo que ha de pagarse, en derecho laboral se concede como un *aumento* en una cantidad originada en servicios prestados por el trabajador al empleador.

Por consiguiente, la consulta formulada en el sentido de si el aporte que el Instituto de Crédito Territorial hace al FAVI para sus empleados públicos y trabajadores oficiales, constituye un factor de salario para la liquidación de las prestaciones sociales, se responde en forma negativa.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EMPLEADOS EN ENCARGO.

1. Los funcionarios que por encargo reemplacen a aquellos que salgan a disfrutar de sus períodos de vacaciones, NO TIENEN DERECHO A PERCIBIR el sueldo que corresponde al empleo del cual han sido encargados (art. 23 del Decreto-ley 2400 de 1968).

2. Encargo por ausencia temporal o definitiva. Plazo.

3. Encargo por ausencia temporal: Remuneración. Situación administrativa que no da lugar a percibir remuneración.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 152. Pertinencia legal de efectuar el pago de los encargos a los funcionarios que desempeñen mediante dicha figura, las funciones del titular, al estar éste disfrutando de vacaciones.

El señor Ministro de Desarrollo Económico Fuad Char Abdala, formula a la Sala la siguiente consulta previas las consideraciones que a continuación se exponen:

Con fundamento en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo me permito solicitar su autorizado concepto acerca de la pertinencia legal de efectuar el pago de los encargos a los funcionarios que desempeñen mediante dicha figura, las funciones del titular cuando éste se encuentre disfrutando de vacaciones, reconociéndoles el sueldo de ingreso del funcionario reemplazado.

Creo conveniente solicitar su autorizado concepto, toda vez que está por medio la definición de un derecho que puedan tener los funcionarios al tenor de las normas legales vigentes y en razón a que la Auditoría Especial de la Contraloría General de la República ante el INCOMEX establecimiento público adscrito a este Ministerio ha objetado dichos pagos bajo el argumento de que ellos constituirían una doble retribución al servicio, dado que las vacaciones son remuneradas.

Sobre el tema este Ministerio encuentra que el artículo 37 del Decreto 1950 de 1973 ordena el pago de los encargos con el sueldo correspondiente al cargo objeto de la figura, siempre que el titular no lo perciba. De manera que si las vacaciones son, como en efecto así las considera el Decreto-ley 1045 de 1978, una prestación social con-

sistente en el disfrute de un tiempo determinado y en la remuneración del descanso que involucran, no podría confundirse el pago de dicho descanso con el pago del sueldo del funcionario que lo disfruta.

Si esto es así, vale decir, si retribuir al funcionario encargado con el sueldo asignado al cargo y a las funciones que desempeña temporalmente, representa erogación distinta de la del reconocimiento de la prestación social de las vacaciones, parecería viable pagar dicha retribución a los funcionarios encargados por vacaciones del titular en cumplimiento de la ley.

La Sala considera y responde:

1. El artículo 23 del Decreto-ley 2400 de 1968 prescribe textualmente:

"Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular.

"Cuando se trate de ausencia temporal, el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva, hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales".

El Decreto 1950, reglamentario del Decreto-ley 2400 de 1968, en sus artículos 34 a 37, reglamentó lo referente al encargo. En su artículo 37 dispuso expresamente:

"El empleado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente *siempre que no deba ser percibido por su titular*" (subrayas de la Sala).

2. Los artículos 18 a 24 del Decreto-ley 2400 de 1968 regulan las distintas situaciones administrativas en que se encuentran los empleados públicos vinculados a la administración: En uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio; o en servicio activo.

Dentro de estas situaciones administrativas, existen dos que no dan lugar a percibir remuneración; estas son, las licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta (60) días al año consagradas en el artículo 19 y la licencia para prestar servicio militar de que trata el artículo 24. Las demás situaciones administrativas dan lugar al pago normal de la remuneración. Importa destacar para efectos de la consulta, la de servicio activo, por cuanto supone la prestación personal del servicio por parte del empleado y el desempeño eficiente e imparcial de sus funciones durante las horas y días laborables y su derecho a percibir la remuneración correspondiente.

En otras palabras, desde que el funcionario se encuentre en la situación administrativa de servicio activo, tiene derecho a percibir su salario y todas las prestaciones sociales que la ley reconoce.

Al variar su situación administrativa en aquella denominada ENCARGO, tendrá derecho a percibir la remuneración del empleo en el cual ha sido encargado, *siempre que dicha remuneración no sea percibida por su titular y fuere mayor que la que le corresponde a su empleo.*

3. Ahora bien, si conforme al artículo 23 del Decreto-ley 2400 de 1968 el encargo tiene por finalidad asumir total o parcialmente las funciones de empleos diferentes a aquel en que ha sido nombrado *por ausencia temporal o definitiva de su titular,* habrá de determinarse cuál de estas situaciones se presenta. Si es temporal, el encargo se conferirá por el término de aquella, más si es definitiva, no podrá exceder de tres meses.

Se tiene entonces que sólo en este último evento, y de acuerdo con la norma reglamentaria, el empleado encargado tiene derecho a que se le cancele el sueldo correspondiente al empleo en que ha sido encargado, por cuanto la vacancia es definitiva y su titular ha dejado de pertenecer a la administración y por ende no recibe el sueldo que correspondía al empleo que desempeñaba.

En el caso de ausencia temporal, que genera la situación administrativa de encargo temporal, la cual en esencia es pasajera, no es eterna, desaparece con el tiempo, obvio es suponer que el encargo no podrá exceder el término máximo para aquel que por vacancia definitiva señala la ley y que no puede exceder de tres meses. Sin embargo, la ausencia temporal del empleado, supone de todas maneras su permanencia dentro de la administración, aún cuando factores bien de orden administrativo o externos a éste, le impidan estar al frente de su empleo. *El empleado seguirá percibiendo su remuneración y las prestaciones sociales que le correspondieren* y de allí que conforme a la norma reglamentaria el empleado encargado *no pueda percibir la remuneración del empleo en el cual ha sido encargado.*

Debe sí quedar claro, que el encargo es una situación administrativa creada por el legislador para permitir a la administración sortear las dificultades que se le puedan presentar en casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuyo concurso sea necesario e indispensable para la atención de los servicios a su cargo; en consecuencia es una medida excepcional para sortear igualmente situaciones excepcionales y de urgencia que se presentaren. De allí que la necesaria temporalidad del encargo, lo cual implica lapsos cortos, bien por ausencia temporal o definitiva del empleado titular, sólo se permita remunerar con el sueldo perteneciente al empleo, en el caso de ausencia definitiva por cuanto no existe titular del empleo. En los demás casos, siempre habrá un titular quien devengará el sueldo y tendrá derecho al pago de sus prestaciones sociales, *sin que su ausencia esencialmente temporal, implique solución de continuidad en la prestación de sus servicios a la administración.*

En conclusión, los funcionarios que por encargos reemplacen a aquellos que salen a disfrutar de sus períodos de vacaciones, no tienen derecho a percibir el sueldo que corresponde al empleo del cual han sido encargados.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el 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 de la Sala.

INSTITUCIONES DE EDUCACION SUPERIOR. AUTONOMIA RECONOCIDA POR LA LEY.

Aquellos, no pueden modificar mediante reglamentos internos, los requisitos establecidos obligatoriamente por el Decreto 3200 de 1979.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 142.

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:

"El Decreto 3200 de 1979, 'por el cual se dictan normas sobre la enseñanza del Derecho', establece, en su Capítulo V, los requisitos que deben cumplirse para la obtención del título de abogado.

"Para la obtención del título de abogado es indispensable cumplir los requisitos que se señalan a continuación:

"1. Haber cursado y aprobado la totalidad de las materias obligatorias y optativas que integran el plan de estudios.

"2. Haber aprobado exámenes preparatorios por cada uno de los siguientes grupos de materias:

"a) Grupo de Derecho Político: Constitucional general, constitucional colombiano, administrativo general, administrativo colombiano y procedimiento contencioso administrativo;

"b) Grupo de Derecho Penal: Penal general, penal especial y procedimiento penal;

"c) Grupo de Derecho Laboral: Derecho sustantivo del trabajo y procedimiento laboral;

"d) Grupo de Derecho Privado: I Civil general, personas familia y sucesiones;

"e) Grupo de Derecho Privado: II Bienes, obligaciones, contratos y procesal civil.

"Las unidades académicas podrán disponer que los alumnos que no hayan perdido ninguna materia durante todo el Programa y acre-

diten un promedio general de notas no inferior a cuatro veinticinco (4.25), o su equivalente, sean eximidos del requisito de exámenes preparatorios.

"3. Haber desarrollado durante los seminarios del programa un 'Trabajo de Investigación Dirigida' que sea acogido favorablemente por el jurado que designe el 'Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales'.

"Este requisito se podrá compensar realizando la práctica o servicio profesional en uno de los cargos de que se trata en el numeral 1 del artículo 23.

"Las Instituciones de Educación Superior cuyos Programas de Derecho han sido aprobados por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES—, en sus reglamentos internos han venido desarrollando concretamente las previsiones generales contenidas en el citado Decreto 3200 de 1979.

"Para el efecto, algunas de estas instituciones han establecido en sus reglamentos internos, un término dentro del cual los aspirantes a obtener el título de abogado deben cumplir el requisito de que trata el numeral 2 del artículo 20, relacionado con la aprobación de exámenes preparatorios.

"Así mismo, en algunos de tales reglamentos internos se ha establecido que para tener derecho a ser eximido de este requisito, el alumno debe acreditar un promedio general de notas superior al previsto en el inciso final del mismo numeral 2 del artículo 20 del Decreto 3200 de 1979.

"II. La consulta.

"Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se consulta si las Instituciones de Educación Superior pueden modificar los requisitos establecidos en el Decreto 3200 de 1979, por medio de sus Reglamentos Académicos Internos?".

Se considera:

1º Como ha expuesto reiteradamente esta Corporación, "según los artículos 41 y 120, ordinal 12 de la Constitución, el Estado debe adoptar, mediante ley que defina los principios y opciones políticas fundamentales, los principios con base en los cuales el Gobierno debe ejercer la inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 31 de mayo de 1977, *Anales* Tomo XCII, pág. 187). Esto significa que, según los artículos 41 y 120, ordinal 12 de la Constitución, los reglamentos que el Gobierno expide en materia educativa deben desarrollar los principios prescritos por la ley.

2º El artículo 18 del Decreto-ley 80 de 1979, con fundamento en el expuesto principio constitucional, dispone que "dentro de los límites de la Constitución y de la ley, las instituciones de educación superior son autónomas para desarrollar sus programas académicos y de extensión o servicio..." Se trata, por lo mismo, de la autonomía uni-

versitaria reconocida y limitada por la ley y los reglamentos, como dispone el artículo 41 de la Constitución, "en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos".

3º En este orden de ideas, el artículo 7º del Decreto-ley 970 de 1970 dispone que "el título profesional de abogado y el grado de doctor en derecho serán expedidos por las universidades oficialmente aprobadas". Los artículos 8º y 11 *ibídem* complementan la disposición transcrita en cuanto prescriben, respectivamente, que "la aprobación oficial de los planes y programas de estudios profesionales y de postgrado se otorgarán y mantendrán sobre la base del cumplimiento de las exigencias académicas establecidas en el reglamento..." y que "los planes de estudio determinarán las asignaturas comunes y obligatorias, las complementarias, las optativas el orden en que algunas de ellas o de estas deba seguirse, otros cursos y los demás requisitos académicos para la obtención de títulos y grados".

Estas disposiciones fueron demandadas como inconstitucionales ante la Corte Suprema de Justicia y declaradas constitucionales por sentencia del 19 de febrero de 1971 (Gaceta Judicial números 2340 a 2342, páginas 52 y siguientes).

4º El Decreto 3200 de 1979, expedido con fundamento en el Decreto-ley 970 de 1970, determina el plan de estudios de las facultades de derecho, las asignaturas, obligatorias y opcionales, los cursos complementarios y los exámenes preparatorios y también contempla los cursos de postgrado. Entre las disposiciones de este Decreto algunas son obligatorias, otras discrecionales y otras dan alguna autonomía a las facultades de derecho. Sólo se exceptúa la facultad de derecho de la Universidad Nacional, cuyos planes y programas de estudios, de conformidad con la ley, son prescritos por la misma universidad (arts. 13, letra 'f', 20, letras 'c' y 'd', y 25, letras 'd' y 'l', del Decreto-ley 82 de 1980).

El cumplimiento de las disposiciones del Decreto 3200 de 1979 es obligatorio; pues, por una parte, como se ha expuesto, se expidió con fundamento en las facultades constitucionales y legales que en materia educativa incumben al Presidente de la República y, por otra, según el transcrito artículo 8º del Decreto-ley 970 de 1970, "la aprobación oficial de los planes y programas de estudios profesionales y de postgrado se otorgarán y mantendrán sobre la base del cumplimiento de las exigencias académicas establecidas en el reglamento".

Sin embargo, aún dentro de las disposiciones obligatorias del Decreto-ley 3200 de 1979, las instituciones académicas pueden obrar con autonomía, conforme a lo prescrito por el artículo 18 del Decreto-ley 80 de 1980, con el objeto de tomar las disposiciones necesarias para el cumplimiento del mencionado reglamento. En este orden de ideas, esas instituciones académicas pueden determinar, por ejemplo, el calendario para los exámenes previos, finales y preparatorios, así como disponer lo pertinente para efectuar los exámenes supletorios y de habilitación o la entrega de diplomas.

La autonomía que la ley reconoce a las instituciones de educación superior, entre las cuales están comprendidas las facultades de dere-

cho, tiene por objeto permitirles cumplir los fines sociales de la educación superior, definidos por la ley y los reglamentos.

En conclusión de todo lo expuesto la Sala responde: Las instituciones de educación superior no pueden modificar, mediante reglamentos internos, los requisitos establecidos obligatoriamente por el Decreto 3200 de 1979.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

TRABAJADORES OFICIALES. DEFINICION LEGAL.

Decreto-ley 3135 de 1968 Ley 3ª de 1986, artículo 13 (subrogatoria respecto de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 2127 de 1945, art. 4º).

CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.

No pueden clasificar al personal vinculado al servicio.
GOBERNADORES. ATRIBUCIONES.

Con base en el artículo 194, numeral 9º de la Carta Política.

No está autorizado el Gobernador para determinar los empleados públicos y los trabajadores oficiales al servicio del Departamento.

Corresponde a la ley, la cual sigue un criterio objetivo.

EMPLEADOS OFICIALES DEPARTAMENTALES. CLASIFICACION. CORRESPONDE AL LEGISLADOR. ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. CLASIFICACION. Corresponde al legislador. ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. No están autorizadas para clasificar al personal Departamental.

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 146.

Se absuelven las consultas que el señor Ministro de Gobierno hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"1ª Cuáles son los alcances del artículo 11 de la Ley 3ª de 1986, actualmente 231 del Decreto-ley 1222 del mismo año, que atribuye a la Asamblea Departamental la facultad de adoptar, a iniciativa del Gobernador, la clasificación de las distintas categorías de empleos del Departamento?

"Es correcto entender este mandato legal como desarrollo del artículo 187-5º de la Constitución Política, es decir, la facultad de la Asamblea sólo comprende el establecimiento del sistema de nomenclatura, clasificación de los empleos por niveles directivos, de asesor,

ejecutivo, profesional, técnico, administrativo, operativo, etc., estableciendo códigos, grados, escalas salariales, etc.?

"O, por el contrario, y pese a que el artículo 233 del Código de Régimen Departamental define quiénes son empleados públicos y quiénes trabajadores oficiales, puede la Asamblea ocuparse de estas materias?

"2ª A qué autoridad departamental, a la Asamblea o al Gobernador, corresponde precisar la condición de trabajador oficial, o sea determinar cuándo un empleado oficial está dedicado a la construcción y el sostenimiento de las obras públicas. Esta facultad encaja dentro de las reglas del artículo 194-9º de la Carta Política de la Nación, por cuanto la autoridad competente para ello es el Gobernador?

"3ª Cuáles son los alcances del término construcción y sostenimiento de obras públicas?

"Para que al empleado que labora en la construcción y sostenimiento de las obras públicas se le considere como trabajador oficial, se requiere que lo haga directamente o basta con que lo haga indirectamente? En este último caso, como se considera a quienes laboran en los talleres de los Departamentos?

"4ª Se puede acordar en una Convención Colectiva de Trabajo la clasificación de empleados oficiales y precisar quiénes son trabajadores oficiales? Y si ello se hace contrariando la ley, que valor tiene una cláusula convencional de tal naturaleza?

"5ª Si por mandato legal un empleado oficial es considerado como trabajador oficial y una ley posterior lo clasifica como empleado público, puede hablarse de derechos adquiridos en cuanto a esa condición o el nuevo precepto lo despoja de la primera condición? Cuáles son los derechos que pueden considerarse como legítimamente adquiridos por el trabajador oficial que legalmente pierde esa condición y pasa a ser empleado público?

"6ª Si un Sindicato de Trabajadores Oficiales acepta el criterio de la Administración Departamental en cuanto a que por virtud del artículo 233 del Decreto 1222 de 1986, determinados trabajadores oficiales perdieron esa condición, puede válida y legalmente el Gobernador permitir que se les aplique la Convención Colectiva de Trabajo por un simple sentido de solidaridad social?

"7ª Hasta dónde llegan las facultades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en materia de discriminación entre empleado público y trabajador oficial, en las administraciones seccionales?".

La Sala considera:

Las consultas versan sobre la clasificación de los empleados y trabajadores de los departamentos y comprenden diferentes aspectos específicos. La Sala procede a absolverlas en el mismo orden en que el señor Ministro de Gobierno las presenta:

Se pregunta por el significado del artículo 11 de la Ley 3ª de 1986 —231 del Decreto-ley 1222 del mismo año—, particularmente si

es o no desarrollo del artículo 187, ordinal 5º, de la Constitución o si, por el contrario, faculta a las asambleas para ocuparse de los empleados y trabajadores oficiales de los departamentos, no obstante que el artículo 233 del Código de Régimen Departamental los define.

La Sala considera que la competencia de entidades, organismos y funcionarios o empleados, según los artículos 20 y 63 de la Constitución, debe ser expresa, no implícita ni analógica. Determina los poderes que se asignan a todos y cada uno de los órganos y funcionarios del Estado y de las entidades descentralizadas, como un sistema objetivo que, en conjunto, realiza el estado de derecho.

El artículo 187, ordinal 5º, de la Constitución atribuye a las asambleas "determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo".

Esta disposición, que proviene del artículo 57 del Acto legislativo número 1 de 1968, atribuye a las asambleas determinar la estructura de la administración departamental y la escala de remuneración de los empleados para que, con base en ellas, el Gobernador, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 194, ordinal 9º. pueda "crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, con sujeción a las normas del numeral 5º del artículo 187", con la limitación, prescrita por el inciso 2º *ibídem*, que consiste en que "el Gobernador no podrá crear con cargo al tesoro departamental obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto que adopte la asamblea".

Este régimen departamental es similar al prescrito por los artículos 76, numeral 9º, y 120, ordinal 21 de la Constitución, correspondientes, respectivamente, a los artículos 11 y 41 del Acto Legislativo número 1 de 1968, según los cuales al Congreso corresponde determinar la estructura de la administración nacional y la escala de remuneración de los empleados y al Gobierno la facultad de crearlos, fusionarlos o suprimirlos. La reforma de 1968, a este respecto tuvo por objeto hacer que las leyes, en el orden nacional, y las ordenanzas, en el departamental, determinan la estructura de la administración y los criterios generales para remunerar a los empleados, pero quitándoles la facultad tradicional de crear, fusionar y suprimir los empleos, la que fue transferida al Gobierno y a los gobernadores, respectivamente, para que ellos puedan cumplirla teniendo en cuenta las cambiantes necesidades del servicio.

El artículo 187, ordinal 5º de la Constitución, como se deduce de su claro tenor literal, en modo alguno autoriza a las asambleas para clasificar al personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales de los departamentos; por el contrario, faculta exclusivamente a las asambleas para determinar, mediante iniciativa del Gobernador, "la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo".

Se pregunta a qué autoridad departamental, asamblea o gobernador, corresponde determinar si una persona está dedicada a la construcción y al sostenimiento de obras públicas y si esta atribución está contemplada por el artículo 194, ordinal 9º de la Constitución, que prescribe las funciones del gobernador.

Como se expuso antes, el artículo 194, ordinal 9º de la Constitución atribuye al gobernador "crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, con sujeción a las normas del ordinal 5º del artículo 187". Por consiguiente, como se deduce del claro tenor literal del precepto transcrito, en modo alguno atribuye al gobernador determinar los empleados públicos y los trabajadores oficiales al servicio del departamento. La ley prescribe un criterio objetivo, para todos los efectos jurídicos, según el cual las personas que prestan servicios en los departamentos son empleados públicos, excepto quienes se dediquen a la construcción o mantenimiento de obras públicas, que son trabajadores oficiales.

También se pregunta si las actividades consisten en la construcción y el sostenimiento de obras públicas, para que se entiendan realizadas por trabajadores oficiales, tienen que ser directas o si es posible que sean indirectas, y si quienes trabajan en los talleres de los departamentos deben clasificarse como empleados o trabajadores oficiales.

La Sala considera que la distinción esencial entre empleados y trabajadores oficiales consiste en que estos realicen actividades materiales iguales o similares a los trabajadores particulares, también vinculados por contrato de trabajo. Pero los artículos 5º del Decreto-ley 3135 de 1968 y 13 de la Ley 3ª de 1986 —que *subrogó, a este respecto, la Ley 6ª de 1945* y el artículo 4º del Decreto 2127 del mismo año— sólo definen como trabajadores oficiales a las personas dedicadas a la construcción y al sostenimiento de obras públicas en la nación y en los departamentos; de este modo, los trabajadores dedicados a las actividades indicadas, por expresa disposición de la ley, están vinculados por contrato de trabajo; para ello es suficiente, puesto que la ley no distingue, que su actividad consista, directa o indirectamente, en la construcción o mantenimiento de obras públicas. Por consiguiente, las personas que laboran en los talleres de los departamentos son trabajadores oficiales, vinculados por contrato de trabajo, *si ellos tienen por objeto, directo o indirecto, la construcción o el sostenimiento de obras públicas*; por el contrario, si no tienen por finalidad cualquiera de estas actividades, las personas que trabajan en ellos son empleados departamentales.

Se pregunta si en una convención colectiva de trabajo es o no posible clasificar el personal entre empleados y trabajadores oficiales y, en caso positivo, por el valor que tendría una clásula que, sobre este aspecto, contravenga la ley.

El artículo 13 de la Ley 3ª de 1986 define como empleados a las personas vinculadas al servicio de un departamento, exceptuadas las que se dediquen a la construcción y al sostenimiento de obras públicas que clasifica como trabajadores oficiales.

Los trabajadores oficiales, según los artículos 416 del Código Sustantivo del Trabajo y 4º del Decreto-ley 1045 de 1978, pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo que les reconozcan prestaciones sociales superiores al mínimo que prescribe la ley; los empleados públicos, por el contrario, sólo están facultados para dirigir respetuosas peticiones a las correspondientes autoridades con esa finalidad. De manera que solamente los trabajadores oficiales pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo con la finalidad indicada.

Por consiguiente, en la convención colectiva de trabajo no es posible clasificar el personal vinculado al servicio. La ley directamente cataloga a estas personas como empleados y excepcionalmente como trabajadores oficiales si sus actividades consisten en la construcción o en el mantenimiento de obras públicas. Además, la convención colectiva de trabajo tiene por objeto esencial hacer que los trabajadores pacten con los patronos prestaciones sociales superiores al mínimo que prescribe la ley; lo que significa que la catalogación del personal necesariamente precede a la convención colectiva de trabajo: Sólo mediante la previa clasificación del personal es posible determinar quienes, como trabajadores oficiales, pueden celebrar convención colectiva de trabajo.

Se pregunta si una persona clasificada como trabajador oficial, con fundamento en la legislación vigente, puede o no devenir empleado por disposición de una nueva ley.

En la hipótesis que plantea la pregunta, la nueva ley, por ser de orden público, como todas las de su género tendría efecto general inmediato y, por consiguiente, al entrar en vigencia, cambiaría la naturaleza jurídica de esa actividad, correspondiente a un trabajador oficial, por la de un empleado público que, como es sabido, no se vincula a la administración por contrato, sino mediante nombramiento o elección que lo coloca en situación estatutaria.

Sin embargo el trabajador tendría como derechos, adquiridos a su favor, los que se hubieran constituido durante el tiempo servido como trabajador oficial, habida consideración de las circunstancias específicas, como salarios, prestaciones y demás derechos prescritos por la ley. Además tendría los derechos que le hubiera reconocido una convención colectiva de trabajo, celebrado cuando era trabajador oficial.

También se pregunta si a unas personas, que eran trabajadores oficiales, pero que devinieron empleados de conformidad con el artículo 233 del Decreto-ley 1222 de 1986 con el acuerdo del sindicato de trabajadores, es o no posible que el gobernador permita "que se les aplique la convención colectiva de trabajo por un simple sentido de solidaridad".

La Sala considera que la hipótesis que plantea la pregunta consiste en saber si a unos empleados, que antes eran trabajadores oficiales, se les puede o no aplicar una nueva convención colectiva de trabajo "por un simple sentido de solidaridad social".

Los empleados públicos realizan unas funciones con derecho a percibir una remuneración y unas prestaciones prescritas por la ley.

Las convenciones colectivas de trabajo, según se ha expuesto, no pueden ser celebradas por los empleados públicos sino, exclusivamente, por los trabajadores oficiales. Por consiguiente, en las mismas sólo pueden estipularse prestaciones superiores a las prescritas por la ley para los trabajadores oficiales, no para los empleados públicos, a los cuales, por lo mismo, no es posible aplicarles una convención colectiva de trabajo "por simple sentido de solidaridad".

Sin embargo, el gobernador puede, con fundamento en la ordenanza que determine la escala de remuneración de los empleos, mejorarles la remuneración, no las prestaciones porque ellas son directa y exclusivamente reguladas por la ley.

Finalmente se pregunta por las facultades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en relación con la clasificación de empleados y trabajadores oficiales de los departamentos.

Según los artículos 485 del Código Sustantivo del Trabajo y 41 del Decreto 2351 de 1965, la vigilancia y el control del cumplimiento de las disposiciones laborales corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En el caso que ocupa la atención de la Sala, le corresponde hacer que se cumplan las disposiciones pertinentes del derecho colectivo del trabajo para los empleados y trabajadores oficiales de los departamentos.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Gobierno y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS. Es susceptible de ser sujeto pasivo de la obligación tributaria.

ESTA EXENTA LA RENTA DE DICHA EMPRESA OBTENIDA POR VENTA DE ASFALTOS. El artículo 5º de la Ley 30 de 1982 no fue derogado por el artículo 199 de la Ley 9ª de 1983 ni por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986.

EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO CONCEDIDO A LOS ASFALTOS, FUE RESPETADO POR EL DECRETO 3541 DE 1983 QUE LOS EXCLUYO DEL IMPUESTO A LAS VENTAS.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Minas y Energía. Radicación número 147.

El señor Ministro de Minas y Energía, en Oficio número 014289, envió a la Sala la siguiente consulta:

"Con el fin de fomentar la pavimentación y repavimentación de vías (calles y carreteras), la Ley 30 de 1982, en su artículo 5º, exencionó a los asfaltos de toda clase de impuestos, es decir, que en el caso de la Empresa Colombiana de Petróleos, los ingresos obtenidos por ella por concepto de su venta, no estarían sometidos a los impuestos de renta y ventas. Pero como con posterioridad a su expedición, se dictaron nuevas disposiciones legales reorgánicas o modificatorias de los mencionados gravámenes, de la manera más atenta nos permitimos solicitarles nos informen si la exención establecida por la mencionada Ley 30 continúa vigente no obstante que estas nuevas disposiciones al referirse a las normas derogadas hablan siempre de todas aquellas que le sean contrarias. Las disposiciones legales posteriores a la Ley 30 de 1982, son las siguientes:

1. Impuesto sobre la renta y complementarios:

Ley 9ª de 1983 (art. 109).

Ley 75 de 1986 (art. 108).

2. Impuesto sobre las ventas:

Decreto legislativo 3541 de 1983 (art. 93)".

Se considera:

I. A partir del año gravable de 1974 son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con el régimen vigente para las sociedades anónimas, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, cualquiera que sea la proporción del capital que en estas corresponda a entidades oficiales (Decreto legislativo número 1979 de 1974, art. 21).

El impuesto sobre la renta y complementarios se considera como un solo tributo y comprende, según el artículo 1º del Decreto legislativo número 2053 de 1974, los que se liquidan con base en la renta y cuya causación y liquidación se rigen por las disposiciones contenidas en el Título III del mismo Decreto y en la Ley 75 de 1986.

No excluida expresamente del catálogo de los entes que pueden ser sujetos pasivos del impuesto sobre la renta y complementarios, la Empresa Colombiana de Petróleos queda comprendida en la hipótesis general de la ley y por ende, puede llegar a ser efectivamente, sujeto pasivo de la obligación tributaria.

El impuesto sobre la renta es general porque afecta todo los ingresos ordinarios y extraordinarios susceptibles de enriquecimiento, provenientes de las más diversas fuentes o actividades. Y en la medida en que el sujeto se encuentre dentro de la actividad o situación general del hecho imponible, tributa con los demás que se encuentran en la misma situación, en igualdad de tratamiento fiscal.

Siendo personal la obligación tributaria, también lo es la exención, aunque se encuentra vinculada a un activo específico. Toda exención es concedida a ciertos y determinados sujetos, independientemente de que haga referencia a la obtención de determinados ingresos, o posesión de determinados activos.

Si conforme al artículo 5º de la Ley 30 de 1986, ECOPETROL no debe pagar a la Nación impuesto sobre la renta proveniente de producción de asfaltos, es porque el artículo dispone que "los asfaltos estarán exentos de todo impuesto", y tal disposición sólo puede implicar una exención personal, y concierne a todos los sujetos que produzcan o vendan asfaltos, actos por los cuales se causaría el gravamen en cabeza de tales productores o vendedores, de no estar exentos del mismo.

Del tenor literal del establecimiento de la exención, con referencia inmediata a los asfaltos, tiene que inferirse la referencia a los sujetos que los produzcan y que obtienen ingresos con su venta.

En conclusión, del impuesto sobre renta y complementarios está exenta la renta de la Empresa Colombiana de Petróleos obtenida por venta de asfaltos, en cuanto el artículo 5º de la Ley 30 de 1982 no fue derogado por el artículo 199 de la Ley 9ª de 1983 ni por el 108 de la Ley 75 de 1986, como disposición contraria a las adoptadas por estas leyes.

II. En lo pertinente con el impuesto a las ventas conviene recordar que mediante el artículo 53 de la Ley 9ª de 1983, se revistió al

Presidente de facultades extraordinarias para actualizar y armonizar el impuesto sobre las ventas pero con la limitación "de que el Gobierno no podría gravar con el impuesto los bienes exentos ni someter con una tarifa superior los bienes derivados del petróleo que actualmente están gravados con una tarifa del cuatro por ciento (4%)".

El Gobierno al reestructurar el impuesto a las ventas con base en las facultades que le fueron otorgadas, respetó el tratamiento tributario concedido a los asfaltos, por el artículo 5º de la Ley 30 de 1982, al disponer en el Decreto 3541 de 1983, que quedaban excluidos del impuesto sobre las ventas los betunes y asfaltos correspondientes a la posición arancelaria 27-15.

Finalmente la Ley 75 de 1986, no contiene modificación al régimen sobre el impuesto a las ventas.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

AGENTES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS. REMUNERACION Y PRESTACIONES SOCIALES A LOS DESAPARECIDOS POR CAUSA Y CON OCASION DEL SERVICIO.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 156. Pago de salarios y prestaciones sociales, al personal del DAS en caso de desaparición.

El señor Brigadier General Miguel A. Maza Márquez, Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, formula a la Sala la siguiente consulta previas las consideraciones que a continuación expone:

Con ocasión del secuestro de tres detectives en la localidad de Puente Arimena (Meta) por parte de una columna subversiva, sin que hasta la fecha se tenga noticias de su muerte, secuestro que se llevó a efectos cuando los detectives se encontraban en pleno ejercicio de sus funciones y por razón de las mismas.

Se pregunta:

1. Hay lugar al pago de sueldos y demás emolumentos a sus legitimarios en el lapso comprendido desde la fecha de su secuestro hasta el día de su liberación o a la cancelación de los citados conceptos a los funcionarios secuestrados, una vez se reintegren a su trabajo?

2. El tiempo que duren secuestrados interrumpe las prestaciones sociales, tales como vacaciones, primas, cesantías, etc.?

La Sala considera y responde:

1. De lo aseverado en la consulta, se deduce que no existe norma legal que regule el caso del desaparecimiento de agentes del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—, por causa y con ocasión del servicio, lo que conduce a la Sala a analizar normas que regulan materias semejantes, con base en el artículo 8º de la Ley 153 de 1987, el cual preceptúa 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.

2. En efecto, el DAS como organismo de seguridad de carácter civil, tiene a su cargo la función de velar por la seguridad interior y exterior del Estado y la integridad del régimen constitucional del mismo; en desarrollo de lo cual ejerce las funciones que establece el artículo 1º del Decreto-ley 625 de 1974. Es por tanto natural y obvio que en desarrollo de esas funciones y ante la situación cada vez más angustiante y delicada de orden público que vive el país, se presenten casos en los cuales sus miembros desaparecen o sean retenidos o hechos prisioneros.

3. Los Decretos-ley 89 de 1984 y 2062 de 1984 regulan en su orden la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. El Decreto-ley 2063 de 1984 regula igual tema para los agentes de la Policía Nacional.

Los artículos 188 a 190 del Decreto-ley 89 de 1984 y 181 a 183 del Decreto-ley 2062 de 1984 al igual que los artículos 135 a 137 del Decreto-ley 2063 de 1984 regulan los casos de desaparición y cautiverio de los mencionados oficiales, suboficiales y agentes y coinciden en la forma de tratamiento a seguir.

Efectuada la investigación respectiva y si de ella no resultare ningún hecho que pueda considerarse como delito o falta disciplinaria, los beneficiarios del desaparecido, tienen derecho a continuar percibiendo de la pagaduría respectiva la totalidad de los haberes hasta por el término de dos años, vencidos los cuales se declara definitivamente desaparecido y se da de baja y se procede a reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales respectivas.

En caso de caer prisionero, los beneficiarios continúan recibiendo el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los haberes que le corresponden al oficial, suboficial o agente prisionero; el veinticinco por ciento (25%) restante será pagado a éste, al ser puesto en libertad o durante su prisión si ello fuere posible.

Finalmente, si el oficial suboficial o agente apareciere en cualquier tiempo, sin que pueda justificar su ausencia o desaparición, tanto él como sus beneficiarios están obligados a reintegrar al Tesoro Público todos los sueldos y prestaciones sociales que hubiere recibido, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

4. Considera la Sala que estas normas son las aplicables al caso consultado en cuanto a remuneración y prestaciones sociales, ante la ausencia de norma especial que regule lo pertinente para los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—.

Se infiere de los decretos que en cuanto a prestaciones sociales no hay interrupción para su reconocimiento y pago.

Lo anterior ocurre mientras no haya ley especial que regule la materia para la situación consultada.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Brigadier General Miguel A. Maza Márquez, Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES DE "ECOMINAS". PENSION DE JUBILACION.

1. Los que sean afiliados forzosos del Instituto de Seguros Sociales tienen derecho a percibir pensión de jubilación a cargo de este Instituto siempre y cuando reúnan los requisitos siguientes: Veinte años de servicio, cincuenta y cinco años de edad y quinientas semanas de cotización. Estas pensiones excluyen para los mismos empleados la aplicación de lo previsto por el Decreto-ley 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

2. Los demás empleados oficiales de servicio de ECOMINAS, que no sean afiliados forzosos del Instituto de Seguros Sociales, tienen derecho a percibir pensión de jubilación de conformidad con el Decreto-ley 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

3. TRABAJADOR OFICIAL. STATUS DEL PENSIONADO. (art. 1º, inciso 1º de la Ley 33 de 1985).

4. PENSION DE JUBILACION. Pago y liquidación (art. 3º de la Ley 33 de 1985).

5. CAJAS DE PREVISION SOCIAL. Para efectos de la Ley 33 de 1985. Concepto (art. 13). PRESTACION DE SERVICIOS ECONOMICOS O ASISTENCIALES DE EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES DEL ORDEN NACIONAL puede ser objeto de contratos entre la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL Y OTRAS personas jurídicas públicas, por servicios o territorios (art. 2º del Decreto 3135 de 1968).

6. SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO (Decreto-ley 433 de 1971). Cotizaciones patronales. AFILIACION AL SEGURO SOCIAL. Concepto (art. 48, aparte 'b' del Decreto 1650 de 1977). Requisitos indispensables de afiliación.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Minas y Energía. Radicación número 151.

El señor Ministro de Minas y Energía, en Oficio número 015438 y a solicitud de ECOMINAS, envió a la Sala la siguiente consulta:

«1. Antecedentes:

a) La Empresa Colombiana de Minas, "ECOMINAS", vinculada al Ministerio de Minas y Energía, fue creada y reglamentada mediante los Decretos 912 de 1968, 1650 de 1969, 122 de 1970 y 2063 de 1980;

b) La Empresa Colombiana de Minas, "ECOMINAS", de acuerdo con lo prescrito en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, vinculó a sus empleados mediante contrato de trabajo, en su condición de trabajadores oficiales;

c) Desde su creación, esa entidad y de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 90 de 1946, el artículo 2º, literal b) del Decreto 433 de 1971 y el Decreto 3041 de 1966 se inscribió como patrono y afilió a todos sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, ISS, aportando y cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, con base en la reglamentación dada por el Gobierno a dichos riesgos;

d) Simultáneamente y en la misma época, el Decreto 3135 de 1968: "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el sector privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales", dispuso que las entidades de previsión social a la cual se halla afiliado el empleado o trabajador, efectuarán el reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones: Pensión de invalidez, pensión vitalicia de jubilación o vejez y pensión de retiro por vejez;

e) A su vez y de acuerdo con lo anterior, el Decreto 1844 de 1969, reglamentario del 3135 de 1968, en su artículo 75 dispuso que la pensión de jubilación correspondiente, se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al cumplir el tiempo de servicio requerido por la Ley. Si el empleado oficial no estuvo afiliado a niguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad empleadora;

f) Igualmente y en concordancia con las anteriores normas, la Ley 33 de 1985 en su artículo 1º establece que el empleado oficial que sirvió o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

El artículo 13 de esa ley expresó que para efectos de la misma, se entiende por cajas de previsión, las entidades de orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que por ley, reglamento o estatutos, tengan entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualquiera de dichas órdenes;

g) Actualmente algunos funcionarios de la empresa han cumplido en ella 20 años de servicios continuos o discontinuos al servicio de diferentes entidades del Estado, habiendo sido inscritos por la empresa al seguro social obligatorio y habiendo cotizado algunos de ellos, quinientas (500) semanas o más, y otros, menos del mínimo de quinientas semanas.

2 Consulta:

Con base en los anteriores hechos y disposiciones legales, el Ministerio de Minas y Energía, se permite consultar a esa honorable corporación, lo siguiente:

a) Siendo la Empresa Colombiana de Minas, "ECOMINAS", la entidad empleadora y estándose inscrito como patrono y afiliado a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, ISS, forzosamente desde su creación y estableciendo los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que la pensión vitalicia de jubilación o vejez se reconocerá y pagará por la entidad de previsión social a la cual se halla afiliado el empleado o trabajador, esto es para el caso de Ecominas el Instituto de Seguros Sociales, ISS es procedente y obligatorio para la misma, hacer el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación o vejez?;

b) En las mismas condiciones anteriores, y habiéndose afiliado al Instituto de Seguros Sociales, ISS como asegurado forzoso en los términos del Decreto 3041 de 1966 y 433 de 1971, no es entonces al Instituto de Seguros Sociales, ISS, como entidad de previsión social a quien le corresponde el reconocimiento y pago de las pensiones vitalicia de jubilación o vejez previstas por el Decreto 3135 de 1968 y la Ley 33 de 1985?;

c) La Ley 33 de 1985, "por medio de la cual se dictaron medidas en relación con las prestaciones sociales para el sector público", previó la misma pensión de jubilación para los empleados oficiales, modificando el requisito de la edad, pero reafirmando que dicha pensión la reconocerá y pagará la respectiva Caja de Previsión Social. Esta ley, definió en su artículo 13 que para los efectos de la misma, se entiende por Caja de Previsión, las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que por ley, reglamento o estatutos, tengan entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualquiera de dichos órdenes y dispone que el Instituto de Seguros Sociales, ISS por ley y reglamento tiene, entre otras, la función de pagarle pensiones a los empleados y obreros que fueren asegurados forzosos por los riesgos anteriormente citados, se puede calificar a éste para efectos de la ley y el concepto de entidad de previsión social y por ende la obligación de reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación o vejez de los trabajadores oficiales de la Empresa Colombiana de Minas, "ECOMINAS", afiliados a dicho Instituto?;

d) En el supuesto de que a la Empresa Colombiana de Minas, "ECOMINAS", le sea obligatorio reconocer y pagar las pensiones de jubilación, bajo qué fundamentos jurídicos le podría hacer sin contravenir lo dispuesto en los artículos 14, 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968; 6º, 68 y 76 del Decreto 1848 de 1969; 1º del Decreto 1045 de 1978 y 1º y 13 de la Ley 33 de 1985?;

e) Nuevamente y en el caso de que a la Empresa Colombiana de Minas, "ECOMINAS", le surja la obligación de reconocer y pagar la pensión de jubilación o vejez, tendría entonces derecho a que el Instituto de Seguros Sociales, ISS, le devolviera o reintegrara los aportes? O, en su defecto, qué ocurrirá con los mismos?;

f) Si Ecominas, como entidad empleadora y no de previsión social, tiene la obligación de reconocer y pagar las pensiones, cuál sería entonces la entidad de previsión social a la cual debería afiliarse para el traslado de este riesgo y cómo se procedería a la desafiliación del Instituto de Seguros Sociales, ISS?».

Consideraciones:

El trabajador oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (art. 1º, inciso 1º, Ley 33 de 1985).

El reconocimiento y pago de la pensión de jubilación corresponde a la entidad de previsión social a la cual se halle afiliado el trabajador y su liquidación procede sobre los factores de salario previstos por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, o sean: Asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes" que prevean las normas de la entidad de previsión social a la cual se hallen afiliados.

Para los efectos de la Ley 33 "se entiende por Cajas de Previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que, por ley, reglamento o estatutos, tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichas órdenes". Así mismo, "se entiende por empleados oficiales los empleados públicos, nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social" (art. 13, *ibídem*).

Por otra parte, la prestación de los servicios económicos o asistenciales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional puede ser objeto de contratos entre la Caja Nacional de Previsión y los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del Estado y los departamentos y municipios, y puede comprender la atención de todos o algunos de los riesgos cubiertos por la Caja, según lo prevé el segundo artículo del Decreto 3135 de 1968.

También el Instituto de Seguros Sociales, al tenor del artículo 3º del mismo decreto puede contratar con entidades administrativas la atención de uno o varios de los riesgos que cubre a los particulares, siempre que las cotizaciones no sean inferiores a las que para estos tenga establecidas el Instituto, cualquiera que sea la proporción en que dichas cotizaciones sean cubiertas por los beneficiarios o por la institución a la cual sirven.

En los términos del Decreto ley número 433 de 1971, están sujetos al seguro social obligatorio "los trabajadores que presten sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios, en la construcción y conservación de las obras públicas, y todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal, que para los efectos del seguro social obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares" (art. 2º, aparte b). En armonía con esta norma, el artículo 35 del Decreto en cita expresamente dispuso: "La Nación, los Departamentos, los Municipios y los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, en su caso, contribuirán con las cotizaciones patronales a que haya lugar cuando actúen analógicamente como patronos, en los eventos contemplados en el artículo 2º de este Decreto".

Según el Decreto-ley 1650 de 1977 forzosamente deben afiliarse al régimen general de los Seguros Sociales Obligatorios 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 (art. 6º). Pueden ser afiliados otros sectores de población, tales como los pequeños patronos y los trabajadores independientes o autónomos (art. 7º).

Los servidores del Estado, dentro del nuevo régimen de funcionamiento del Instituto de Seguros Sociales, conservan la calidad de afiliados respecto del mismo, formalizado bajo el régimen anterior al establecido por el Decreto 1650 de 1977 (art. 134 *ibídem*).

Si de conformidad con el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio y con el artículo 2º, aparte b) del Decreto-ley 433 de 1972, la Empresa Colombiana de Minas, como empresa sujeta al régimen del Seguro Social Obligatorio aseguró a todos sus trabajadores, en su condición de afiliados forzosos de tal régimen, contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, quienes ahora han cumplido veinte años de servicios y cincuenta y cinco (55) de edad, con quinientas semanas de cotización tienen derecho a percibir la pensión de vejez, por reunir los requisitos señalados en el artículo 11 del Reglamento General del Seguro Social Obligatorio, en el artículo 1º del Acuerdo número 029 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por Decreto número 1906 de 1983 y en la Ley 33 de 1985.

Esta es la pensión cuyo reconocimiento y pago compete y obliga al Instituto de Seguros Sociales respecto de sus afiliados, como beneficiarios de los Seguros Sociales Obligatorios, en la extensión y condiciones de su afiliación.

En el caso de las entidades públicas, al asumir el Instituto de Seguros Sociales el riesgo de vejez, sustituye la obligación de aquellas de reconocer a sus empleados y trabajadores pensión de jubilación al cabo de una edad y de un tiempo de servicio prescritos por la ley (art. 259 del C. S. del T.). 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-ley 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 trabajadores oficiales de la Empresa Colombianas de Minas.

Esta afiliación o relación integral al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios de un trabajador oficial, es exclusiva y corresponde en su origen al ejercicio de una función administrativa del Instituto de Seguros Sociales asignada por el artículo 48, aparte b) del Decreto 1650 de 1977.

"La afiliación es la inscripción de un trabajador al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que de él se derivan" (art. 14 *ibídem*). Por ello los empleadores tienen la obligación de inscribir a sus trabajadores en forma simultánea con su vinculación laboral (art. 25 *ibídem*).

El requisito indispensable de afiliación al régimen, las cotizaciones y aportes de los distintos seguros y los presupuestos legales de la respectiva prestación económica integran el derecho del afiliado y sus derechos habientes al reconocimiento y efectividad de la misma.

En términos del Decreto 1650 de 1977, la composición, extensión, condiciones y limitaciones de las prestaciones de los Seguros Sociales Obligatorios, se sujetan a las normas de dicho decreto, a las demás disposiciones legales sobre la materia y a los respectivos reglamentos.

"En la regulación de los Seguros Sociales Obligatorios se aplicarán las disposiciones legales expedidas con base en la Ley 12 de 1977 y las normas que las reglamentan, modifiquen y adicionen. Los vacíos que llegaren a encontrarse se llenarán con las reglas contenidas en los estatutos que fijan el régimen prestacional de los servidores del sector público" (art. 136 *ibídem*).

Ningún vacío se advierte en cuanto a competencia sobre trámite, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas a que tuvieren derecho los asegurados, porque expresamente los artículos 100 y 102 del citado Decreto 1650 prevén la contratación del Instituto de Seguros Sociales con la Compañía de Seguros "La Previsora S. A." sobre administración financiera de recursos y la estipulación de que tal compañía asumirá dicha competencia en coordinación con el Instituto de Seguros Sociales, excepto la relativa a subsidios por la incapacidad temporal menor de ciento ochenta días, que compete directamente al Instituto de Seguros Sociales (art. 48, aparte f).

Por otro aspecto, la competencia del Instituto de Seguros Sociales, hasta aquí precisada, respecto al reconocimiento de la pensión de jubilación prevista por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, excluye, desde luego, la aplicabilidad de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, cuyas normas se aplican a los empleados públicos y trabajadores oficiales no afiliados forzosos al Instituto de Seguros Sociales "mientras la ley no disponga otra cosa". Luego en lo dispuesto por el Decreto 1650 de 1977 y por la Ley 33 de 1985, es donde se afirma la competencia, con exclusión de la de ECOMINAS, para el caso de la consulta, y salvo excepción derivada del artículo 4º de dicha ley.

Como asegurados forzosos del Instituto de Seguros Sociales, y en atención a la competencia excluyente del mismo, tienen, pues, los empleados oficiales de la Empresa Colombiana de Minas la expectativa jurídica que corresponde a su afiliación al Instituto de Seguros Sociales y éste la obligación de reconocerla frente al régimen prestacional propio de los mismos, con todos los efectos que implica la aplicación de dicho régimen.

En consecuencia la Sala responde:

1º Los empleados oficiales (empleados públicos y trabajadores oficiales) de ECOMINAS que sean afiliados forzosos del Instituto de Seguros Sociales tienen derecho a percibir pensión de jubilación a cargo de este Instituto siempre y cuando reúnan los requisitos siguientes: Veinte años de servicio, cincuenta y cinco años de edad y quinientas semanas de cotización. Estas pensiones excluyen para los mismos empleados la aplicación de lo previsto por el Decreto-ley 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

2º Los demás empleados oficiales al servicio de ECOMINAS, que no sean afiliados forzosos del Instituto de Seguros Sociales tienen derecho a percibir pensión de jubilación de conformidad con el Decreto-ley 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

En estos términos se absuelve la consulta de la referencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

UNIVERSIDADES DE EDUCACION SUPERIOR.

Organización de programas académicos dentro de los límites prescritos por las leyes y los reglamentos (arts. 18,59 letras 'a' y 'e', y 64 letra 'b' del Decreto Ley 80 de 1980). EDUCACION ABIERTA Y A DISTANCIA. Reglamentación (Decretos 2412 de 1982 y 1820 de 1983). FACULTADES DEL ICFES EN MATERIA DE EDUCACION SUPERIOR.

1. El Decreto 1820 de 1983, faculta mediante el Servicio Nacional de Pruebas a las instituciones de educación superior que sean específicamente autorizadas por su Junta Directiva, para PRACTICAR LAS PRUEBAS TENDIENTES A VERIFICAR LA IDONEIDAD DE LAS PERSONAS QUE HUBIERAN ADELANTADO LOS PROGAMAS DE EDUCACION ABIERTA O A DISTANCIA.

2. Cumplimiento de los requisitos que exigen los reglamentos de la Educación Abierta y a Distancia contemplados en los Decretos 2412 de 1982 y 1820 de 1983. "PRUEBA SUMATIVA O FINAL". Variante o alternativa que prescribe el artículo 30 del Decreto 1820 de 1983 (en el sistema nacional de pruebas o en otra institución de educación superior). TITULOS DE BACHILLER, EN SUS DIFERENTES GRADOS O TITULO PROFESIONAL. Prueba final. Realización. Requisitos. NO PUEDE OTORGARSE TITULO PROFESIONAL A LOS "AUTODIDACTAS".

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

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación número 150.

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

"De conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes, respetuosamente me permito solicitar de ustedes su acertado concepto en relación con las preguntas que en este escrito paso a formular.

"Para una mayor ilustración del asunto, materia de la consulta, tengo a bien referirme a algunas disposiciones legales que se estiman pertinentes:

"El Decreto 1320 de junio 28 de 1983, en su artículo 2º definió la Educación Superior Abierta y a Distancia como 'el conjunto de actividades y programas de carácter temporal o definitivo, formales y de extensión o educación permanente que adelanten las instituciones legalmente facultadas para ello, de acuerdo con planes de formación o capacitación total o parcialmente desescolarizados, que se ofrece a quienes acreditan la calidad de bachiller en cualquiera de sus modalidades y conducen a la obtención de títulos o certificados o a la acumulación de derechos académicos en una de las Modalidades Educativas de Formación Intermedia Profesional, Formación Tecnológica, Formación Universitaria y Formación Avanzada o de Postgrado'.

"En el Capítulo IX del citado Decreto, se reglamentó lo concerniente a los estudiantes en los programas de Educación Superior Abierta y a Distancia; en su artículo 30 se previó la posibilidad de que el ICFES, directamente o a través de las Instituciones de Educación Superior expresamente autorizadas por la Junta Directiva, verifique conocimientos y destrezas, para la expedición de títulos en cualquiera de las modalidades de educación superior cuyo otorgamiento podrá autorizar.

"Hasta la presente, el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES— ha recibido aproximadamente 40 solicitudes de particulares, quienes fundamentados en el citado artículo 30 del Decreto 1820 de 1983, pretenden validar sus conocimientos y destrezas con los objetivos previstos en tal disposición, es decir, con el fin de lograr autorización para la expedición del título a que creen tener derecho. Vale la pena destacar aquí que el mayor porcentaje de las peticiones son formuladas por empíricos en Contaduría, programa que ninguna institución de educación superior legalmente reconocida ofrece en la modalidad abierta y a distancia.

"Como quiera que sobre el alcance del artículo 30 del Decreto 1820 de 1983 existen dos corrientes de opinión, una que afirma que tal disposición sólo es aplicable para la verificación de conocimientos y destrezas en relación con programas cursados en la metodología abierta y a distancia, entre otras razones porque aparece como regulación de la situación de los estudiantes de este tipo de programas. La segunda corriente de opinión estima que la norma citada es posible de aplicar para la verificación de conocimientos y destrezas de los estudiantes de los programas de educación superior en cualquiera de sus modalidades e independientemente de la metodología empleada, vale decir, presencial o abierta y a distancia.

"Es por lo anterior que se solicita de la honorable Corporación se sirva absolver la siguiente consulta:

"El artículo 30 del Decreto 1820 de junio 28 de 1983 rige sólo para la validación de conocimientos y destrezas que poseen quienes cursaron programas en cualquiera de las modalidades de educación superior definidas en el artículo 25 del Decreto-ley 80 de 1980, modificado por la Ley 25 de 1987, pero por la metodología abierta y a distancia únicamente, o también por la modalidad presencial?

"Puede el ICFES abstenerse de validar los conocimientos y destrezas que dicen poseer quienes, sin haber cursado formalmente

programas de educación superior por cualquier metodología (abierta o presencial) y en cualquiera de las modalidades educativas, o permite la norma validar los conocimientos y destrezas de quienes son simplemente empíricos?".

La Sala considera:

1º Según los artículos 18, 59, letras a) y e), y 64, letra b) del Decreto-ley 80 de 1980, las instituciones universitarias de educación superior pueden organizar libremente sus programas académicos dentro de los límites prescritos por las leyes y los reglamentos, con el objeto de hacer que cumplan, como prescribe el artículo 41 de la Constitución, "los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos".

2º Los Decretos 2412 de 1982 y 1820 de 1983, expedidos por el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, reglamentan la educación abierta y a distancia como parte del sistema de educación superior contemplado por el Decreto-ley 80 de 1980. Esta clase de programas educativos, novedosa en nuestro medio, debe desarrollarse mediante el cumplimiento de los requisitos que prescriben los mencionados reglamentos. Entre ellos se cuentan la obligación de establecer un "nivel introductorio", la elaboración de "materiales impresos de autoinstrucción", la tutoria o dirección de los cursos, la licencia de funcionamiento, la aprobación de los cursos, la autorización de los programas avanzados y la "prueba sumativa o final en forma presencial". El programa debe desarrollarse bajo la continua y directa supervisión del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.

3º El artículo 30 del Decreto 1820 de 1983, dispone que "el ICFES a través del servicio nacional de pruebas y/o de las Instituciones de Educación Superior, expresamente autorizadas por su Junta Directiva, podrá verificar conocimientos y destrezas para la expedición de títulos en cualquiera de las modalidades de educación superior y autorizará su otorgamiento".

Esta disposición es parte integrante del Decreto 1820 de 1983 que, como reza su epígrafe, "reglamenta la educación superior abierta y a distancia". Por consiguiente la Sala considera que faculta al ICFES, mediante el servicio nacional de pruebas o de las Instituciones de Educación Superior que sean específicamente autorizadas por su Junta Directiva, para practicar las pruebas tendientes a verificar la idoneidad de las personas que hubieran adelantado los programas de educación superior abierta y a distancia. En esta forma el ICFES, mediante cualquiera de las entidades mencionadas, quedó facultado para practicar, como prescribe el artículo 6º del mismo decreto, la "prueba sumativa o final en forma presencial".

Lo expuesto significa que las personas que se someten a las pruebas prescritas por el artículo 30 del Decreto 1820 de 1983 deben cumplir todos los requisitos que exigen los reglamentos de la educación superior abierta y a distancia, contemplados por los Decretos 2412 de 1982 y 1820 de 1983.

Por consiguiente, la variante o alternativa que prescribe el artículo 30 del Decreto últimamente mencionado sólo consiste en que la "prueba sumativa o final" no se realice en la correspondiente entidad universitaria sino, mediante discrecional disposición del ICFES, en el sistema nacional de pruebas o en otra institución de educación superior.

4º El artículo 18 del Decreto-ley 81 de 1980 contempla el examen de estado tanto para acreditar los requisitos necesarios para optar al título de bachiller, en sus diferentes grados, como para obtener uno de carácter profesional o con el objeto de ser habilitado para el ejercicio de profesiones afines. Estas pruebas deben realizarse de conformidad con los pertinentes reglamentos del Gobierno.

Pero, en relación con el tema que ocupa la atención de la Sala, es claro que el artículo 30 del Decreto 1820 de 1983, comprendido en el reglamento general de la educación superior abierta y a distancia, exclusivamente se refiere a ésta y que, además, sólo autoriza que se practique la prueba final que contempla a las personas que hayan adelantado, con todas las formalidades, uno de los programas regulares de la educación superior abierta y a distancia.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Educación y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.

1. Funciones del REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. MAXIMA AUTORIDAD NOMINACION.

2. FACULTAD NOMINADORA del Registrador Nacional del Estado Civil. APROBACION de nombramientos por el Consejo Nacional Electoral.

3. REGISTRADORES DISTRITALES Y DELEGADOS DEL REGISTRADOR NACIONAL. Facultad nominadora. Los EMPLEADOS de sus dependencias son EMPLEADOS DE LA REGISTRADURIA y como tales gozan de los beneficios que otorga la Carrera Administrativa (Decreto-ley 3492 de 1986 y Decreto-ley 1486 de 1986).

TRASLADOS. REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.

1. Para proveer una vacante definitiva (art. 29 del Decreto 1950 de 1973).

2. El funcionario trasladado no pierde los derechos de antigüedad en el servicio y si aquel implica cambio de sede tiene igualmente derecho a que se le reconozcan y paguen los gastos que su traslado demande.

3. EL EMPLEADO DE CARRERA, trasladado conserva los derechos derivados de ella.

4. TRASLADO A MAYOR RANGO. El ascenso se obtiene mediante el concurso.

CARRERA ADMINISTRATIVA. REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.

1. Ingreso: Con base en el concurso.

2. La planta de personal según el Decreto 3492 de 1986, artículos 45 y siguientes constituye una unidad.

3. TRASLADO DE FUNCIONARIO DE CARRERA A OTRO DE CARRERA. Debe legalizarse dicha situación.

4. RENUNCIA DE "EMPLEO DE CARRERA".
Para ingresar a otro empleo de CARRERA; en una misma seccional o en oficinas centrales. No puede acarrear al empleado pérdida de sus derechos.

5. INSCRIPCION. Tiempo durante el cual podía solicitarse después de la expedición del Decreto 1487 de 1986. Consecuencias de la no solicitud o de solicitud negada. Empleado de libre nombramiento y remoción.

6. EMPLEADO DE CARRERA. Renuncia y posesión en otro de carrera de igual o superior jerarquía.

Consecuencias del no procedimiento para ingresar a la carrera:

Será empleado de libre nombramiento y remoción.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 164. Aplicación de los Decretos 2241 de 1986, 1488 de 1986, y 3492 de 1986.

El señor Ministro de Gobierno César Gaviria Trujillo, formula a la Sala la siguiente consulta, previas las consideraciones que a continuación expone:

El Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral), en su artículo 9º, establece las autoridades que integran la organización electoral, y al respecto dice: "La organización electoral estará a cargo:

"a) Del Consejo Nacional Electoral;

"b) Del Registrador Nacional del Estado Civil;

"c) De los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil;

"d) De los Registradores Distritales, Municipales y Auxiliares, y

"e) De los Delegados de los Registradores Distritales y Municipales".

Se establece en este estatuto denominado "Código Electoral" las funciones y responsabilidades que competen a cada autoridad de la organización, señalando expresamente en su artículo 26 como funciones, entre otras, del Registrador Nacional las siguientes:

1ª Dirigir el funcionamiento de todas las dependencias de la Registraduría Nacional.

7ª Crear, fusionar, suprimir cargos y señalar las asignaciones correspondientes, con aprobación del Consejo Nacional Electoral.

8ª Nombrar el Secretario General, quien será de distinta filiación política a la suya, así como a los Visitadores Nacionales, Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil y Registradores Distritales de Bogotá, con aprobación del Consejo Nacional Electoral, y a los demás empleados de las oficinas centrales.

10. Disponer el movimiento de personal de las oficinas centrales de la Registraduría.

15. Elaborar el presupuesto de la Registraduría.

17. Autorizar el pago de viáticos y gastos de transporte y reconocer y ordenar el pago de los demás gastos, a nivel nacional, que afecten el presupuesto de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Como puede observarse, el Registrador Nacional posee facultades de nominador de las oficinas centrales y a nivel nacional nombra los Delegados Departamentales. Estos Delegados, a su vez nombran a los Registradores del Estado Civil y demás empleados de la Circunscripción Electoral (art. 33 numeral 1º del Código Electoral).

De otra parte, los Registradores Distritales nombran a los Registradores Auxiliares y demás empleados de la Registraduría Distrital (art. 41 numeral 1º del Código Electoral).

O sea que, al igual que el Registrador Nacional del Estado Civil, los Delegados Departamentales y los Registradores Distritales también poseen la facultad nominadora en sus ámbitos respectivos.

No existe, pues, unidad de nominación, pero sí la hay en los aspectos presupuestales y prestacionales. La Registraduría Nacional es, en consecuencia, un solo ente a nivel nacional. Además, por disposición legal todos sus empleados deben estar comprendidos en su planta de personal (art. 5º, Decreto 3493 de 1986).

Se presentan entonces las siguientes inquietudes:

1ª Un funcionario que desempeña sus funciones en la Circunscripción Electoral de Santander, bajo la directa dependencia de los Delegados Departamentales (art. 33, Código Electoral), presenta renuncia ante estos para asumir otro cargo de igual o superior categoría en otra Circunscripción Electoral o en las Oficinas Centrales de Bogotá, sin solución de continuidad, quedando así bajo dependencia de otros nominadores, pero en la misma planta de personal de la entidad. Cómo debe considerarse esta situación desde el punto de vista prestacional y de su ingreso o continuidad de la Carrera Administrativa de la Registraduría?

Teniendo en cuenta que las renuncias no son voluntarias, sino que es el único mecanismo que encontró la administración para realizar los ascensos y traslados intercircunscripciones, es procedente la renuncia o debe operarse mediante otro mecanismo que no altere su continuidad?

Al renunciar, por la sola razón de cambio de nominador, para ocupar un cargo de superior categoría en otra delegación, se produce retiro de la Carrera?

2ª A la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 1º del Decreto 1488 de 1986, y en el artículo 105 del Decreto 3492 de 1986, se consulta:

Cuál es la situación jurídica frente a los derechos de Carrera Administrativa de los funcionarios de planta que fueron nombrados con antelación a esta norma en empleos de carrera y renunciaron a sus cargos de libre nombramiento y remoción para tomar posesión, sin solución de continuidad, en cargos de igual o superior categoría, pero bajo la vigencia de las nuevas normas de Carrera Administrativa, sin que se hubieren observado las normas relativas a la selección por concurso de méritos?

La Sala considera y responde:

1. Sea lo primero dejar en claro que, la Registraduría Nacional del Estado Civil es para efectos orgánicos y laborales una sola entidad, regida por el Registrador Nacional del Estado Civil como máxima autoridad, quien es designado por el Consejo Nacional Electoral.

El Registrador Nacional del Estado Civil goza de facultad nominadora para nombrar los cargos de secretario general, visitadores nacionales, delegados seccionales y registradores distritales de Bogotá, debiendo someter dichos nombramientos a la aprobación del Consejo Nacional Electoral, igualmente goza de plena autonomía para designar los demás empleados de las oficinas centrales (V. Decreto-ley 2241 de 1986, art. 26 numerales 8 y 10 y art. 12 numeral 5).

Los Registradores Distritales y los Delegados del Registrador Nacional, tienen facultad nominadora reconocida por la ley, para designar los Registradores Auxiliares y los Registradores del Estado Civil y demás empleados de la Circunscripción Electoral respectiva, al igual que el movimiento de personal en sus respectivas dependencias (V. Decreto-ley 2241 de 1986 arts. 33 numerales 1 y 4, 40 numerales 1 y 2). En el caso de los nombramientos de los Registradores de capitales de departamento y de ciudades que tengan más de cien mil (100.000) cédulas vigentes, estos deben ser aprobados por el Registrador Nacional del Estado Civil (V. Decreto-ley 2241 de 1986 art. 26 numeral 9).

2. Si bien la ley les reconoce facultad nominadora a los Delegados del Registrador Nacional y a los Registradores Distritales para efectuar los nombramientos y movimientos de personal dentro de sus dependencias, que regularmente corresponden a una circunscripción electoral, no debe olvidarse que ellos en virtud de tal facultad no conforman persona distinta o ente u organización diferente a la Registraduría Nacional del Estado Civil. Los empleados de sus dependencias son empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil y como tales gozan de los beneficios que les otorga la Carrera Administrativa que para dichos funcionarios consagra el Decreto-ley 3492 de 1986, y el Decreto-ley 1487 de 1986 en lo que no ha sido derogado.

Así las cosas, debe resaltarse como los Delegados del Registrador y los Delegados Distritales deben someter a aprobación del Registrador Nacional del Estado Civil los nombramientos de Registradores del Estado Civil y Registradores Auxiliares de las capitales de departamento y de aquellas ciudades que tengan más de cien mil (100.000) cédulas vigentes.

En fin, el Registrador Nacional del Estado Civil es el superior jerárquico de aquellos, como puede deducirse de las funciones a él encomendadas por el artículo 26 del Decreto-ley 2241 de 1986.

Todo esto indica que el Registrador Nacional del Estado Civil es la máxima autoridad nominadora dentro de la Registraduría y que las circunscripciones electorales respectivas en las que actúan los Regis-

tradores Delegados y los Distritales no configuran entidad distinta de aquella y sus empleados son empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

3. El Decreto-ley 3492 de 1986, contiene el estatuto de la Carrera Administrativa para los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Dicho estatuto al igual que algunas normas no derogadas del Decreto-ley 1487 de 1986 integran el estatuto orgánico y especial de la Carrera Administrativa para dichos funcionarios.

Importa para efectos de la consulta formulada reseñar algunas normas conforme a las preguntas cuya absolución se solicita a la Sala.

A. En relación con el primer interrogante de la primera pregunta, el artículo 105 del Capítulo VIII "de las situaciones administrativas del servicio y del régimen disciplinario" prescribe: "Salvo los aspectos regulados por el presente Decreto, por los Decretos 1487 y 1488 de 1986 y otras disposiciones especiales de carácter legal, las situaciones administrativas que se presenten con ocasión del servicio, y los demás aspectos de la administración de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, *se regirán conforme los principios y normas contenidos en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás disposiciones que los reglamenten, adicionen o reformen, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del servicio público a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil* y con los principios de autonomía, independencia e imparcialidad que corresponden a la organización electoral" (Subraya la Sala).

De la lectura atenta de los Decretos-ley 1487 y 3492 de 1986 se concluye que ellos no regulaban las distintas situaciones administrativas en que se encuentran los funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil ante la entidad. De allí que deba acudirse a las normas de los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y a aquellos que los reglamenten, adicionen o modifiquen. No encuentra la Sala que tales normas sean compatibles con el servicio público a cargo de la Registraduría y de allí que estime pertinente su aplicación.

Los artículos 29 a 33 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 regulan el tema de los traslados, figura que estima la Sala aplicable al caso que envuelve la primera pregunta. En efecto, el traslado se produce al proveer una vacante definitiva con un empleado en servicio activo, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exigen requisitos mínimos similares. También se da el traslado cuando la administración hace permutas de empleados en los términos que señala el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 1950 de 1973.

Obviamente el funcionario trasladado no pierde los derechos de la antigüedad en el servicio y si aquel implica cambio de sede tiene igualmente derecho a que se le reconozca y pague los gastos que su traslado demande. Señalan igualmente las normas reseñadas que el empleado de carrera trasladado conserva los derechos derivados de ella; en otras palabras, su situación dentro de la carrera no varía, no sufre alteraciones, por cuanto nos encontramos ante un traslado de los denominados horizontales. Sin embargo, si el traslado significa ascenso, es decir, que el funcionario dentro de la misma sede o en

otra diferente va a desempeñar un cargo que en requisitos mínimos, experiencia, salarios, etc., es superior a aquel que se encuentra desempeñando, nos encontramos ante una situación diferente. En este evento y si el cargo es de carrera, deberá seguirse el procedimiento del concurso para ascenso.

No debe olvidarse que la Carrera Administrativa en la Registraduría Nacional del Estado Civil es una y como tal, las normas que la regulan deben observarse siempre que se hagan movimientos de personal en las oficinas centrales o en las seccionales. Se logra en esta forma alcanzar el espíritu de la carrera y la intención del legislador, expresamente manifestada en el artículo 2º del Decreto-ley 3492 de 1986, conforme al cual el ingreso a los empleos de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y los ascensos *se harán exclusivamente con base en el mérito, mediante concurso.*

Ahora bien, si conforme al artículo 6º del Decreto-ley 3492 de 1986, los empleos de la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil son de carrera con excepción de los allí señalados, necesariamente habrá de concluirse que toda vinculación o ascenso para cargos de carrera sólo podrá realizarse con observancia del estatuto sobre Carrera Administrativa (V. Decreto-ley 3492 de 1966, arts. 45 y ss.).

Insiste la Sala en afirmar que la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, es una sola y como tal ha de manejarse sin que pueda hacerse diferencia entre los nombramientos de las oficinas centrales y los de las seccionales. No existe pues Carrera Administrativa para cada una de tales oficinas, sino que ésta es una e indivisible y como tal debe aplicarse. De allí que en el caso consultado en la primera pregunta debe hacerse uso de la figura denominada traslado y si ello implicare ascenso, abrirse el concurso respectivo para en esa forma proceder a llenar la vacante.

Si el procedimiento seguido en la práctica ha sido el solicitar la renuncia al funcionario para ser nombrado en otra seccional o en la oficina central siendo tal funcionario de carrera, debe corregirse el error abriendo el concurso respectivo para los casos que impliquen ascenso o haciéndose el traslado para aquellos que no lo signifiquen, procediéndose a revocar los actos administrativos anteriores por cuanto han sido expedidos con violación del estatuto orgánico sobre Carrera Administrativa. Lo anterior no significa que se altere la situación prestacional y de antigüedad del funcionario, por cuanto no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios.

En todo caso esas renuncias son irregulares porque, como se dijo, la Registraduría Nacional del Estado Civil constituye una sola entidad pública, con unidad en su planta de personal.

B. En relación con el segundo interrogante de la primera pregunta se responde. Si el funcionario es designado en un cargo de aquellos señalados como de libre nombramiento y remoción, pierde los derechos inherentes a la carrera, conforme lo señala el artículo 98 del Decreto-ley 3492 de 1986. Si el funcionario es de carrera y fue nombrado en cargo de carrera en otra seccional o en las oficinas centrales

sin seguirse el procedimiento señalado en el estatuto de carrera debe procederse a remediar tal situación en la forma descrita en el punto anterior.

La renuncia del funcionario a un cargo de carrera para ocupar otro de carrera pero en una seccional distinta o en las oficinas centrales no le puede acarrear pérdida de sus derechos por cuanto dicho procedimiento ha sido seguido sin observancia de las normas que sobre las distintas situaciones administrativas señalan los Decretos 2400, 3074 de 1968 y 1950 de 1973 aplicables a la Registraduría y sin observancia del estatuto sobre la Carrera Administrativa. Tales funcionarios deben considerarse inscritos en la carrera en el cargo en que se encontraban antes de ser nombrados en otra seccional o en las oficinas centrales, debiendo procederse a clarificar su situación en la forma que se señaló en la respuesta anterior.

En relación con la segunda pregunta aun cuando ella no es clara en su contexto, la Sala la responde en la siguiente forma:

Los funcionarios nombrados en empleos de carrera, debieron observar el artículo 8º del Decreto-ley 1487 de 1986 conforme al cual disponían de (1) un año contado a partir de la promulgación de tal norma, para solicitar su inscripción en la Carrera Administrativa conforme a las normas legales y reglamentarias pertinentes.

Si no solicitaron su inscripción dentro de tal término, o aquella les fue negada, son funcionarios de libre nombramiento y remoción tal como lo señala el artículo 10 del Decreto-ley 1487 de 1986 y el parágrafo primero del artículo 6º del Decreto-ley 3492 de 1986.

El funcionario que sin solución de continuidad renunció a un cargo de libre nombramiento y remoción y se posesionó, ya bajo la vigencia de las nuevas normas en uno de carrera de igual o superior categoría, debió seguir el procedimiento de inscripción dentro del lapso antes señalado y de no haberlo hecho dentro de tal término, es un funcionario no amparado por los estatutos de carrera y por tanto de libre nombramiento y remoción como antes se explicó. Esta hipótesis es la que la Sala deduce del sentido en que está planteada la segunda pregunta.

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

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EMPRESAS DE DESARROLLO URBANO.

Su sujeción al régimen legal previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. Son destinatarios del Decreto reglamentario 0077 del 15 de enero de 1987, artículo 67, tratamiento legal para las empresas en procesos de liquidación.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta de la Presidencia de la República. Radicación número 167.

El Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República envió a la Sala la siguiente consulta:

«1. La Ley 12 de 1986, "por la cual se dictan normas sobre la cesión del impuesto a las ventas o Impuesto al Valor Agregado (IVA) y se reforma el Decreto 233 de 1983", en su artículo 13 revistió de facultades extraordinarias al Gobierno Nacional, para dictar normas sobre las siguientes materias:

"a) Reformar, fusionar o liquidar entidades descentralizadas y suprimir sus funciones, o asignarlas a las entidades que se beneficien con la cesión de que trata esta ley;

"b) Asignar funciones de los Ministerios y Departamentos Administrativos a las entidades que se beneficien con la cesión de que trate esta ley, o suprimirlas; y modificar la estructura de tales Ministerios y Departamentos Administrativos en lo que sea necesario para cumplir la función, por la entidad territorial a la cual se traslada".

2. En desarrollo de estas facultades, el Gobierno expidió el Decreto extraordinario 77 de 1987, "por el cual se expide el Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios".

El artículo 67 de este Decreto, dispuso lo siguiente:

"Las entidades del orden nacional socias de las empresas de desarrollo urbano cederán (sic), a título gratuito a los municipios correspondientes, dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la vigencia de este Decreto, las partes de interés social que actualmente posean en esas empresas. Como consecuencia de lo anterior, se introducirán las reformas estatutarias correspondientes que excluirán de sus Juntas Directivas los representantes de la Nación y eliminarán la

designación de su representante legal por el Presidente de la República. Los municipios ejercerán la tutela sobre estas entidades".

3. Las Empresas de Desarrollo Urbano fueron creadas bajo la forma de sociedades de responsabilidad limitada, constituidas entre entidades públicas, vinculadas al Ministerio de Desarrollo Económico, y sujetas al régimen legal previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

4. A la fecha en que el Decreto extraordinario 77 de 1987 entró en vigencia, se encontraban disueltas y en proceso de liquidación la Empresa de Renovación Urbana de Cali, la Empresa de Desarrollo y Renovación Urbana de Bogotá, y la Empresa de Desarrollo Urbano del Valle del Aburrá.

Actualmente se adelanta el proceso concordatorio de la Ciudadela Real de Minas de Bucaramanga.

Con fundamento en las consideraciones que han sido expuestas, se formula la siguiente consulta:

No obstante la situación jurídica en la que se encuentran las Empresas de Desarrollo Urbano mencionadas en el (sic) cuarta consideración, limitante de su personalidad jurídica, están sujetas al mandato contenido en el artículo 67 del Decreto extraordinario 77 de 1987 y, en consecuencia, procede la cesión de las partes de interés social en él ordenada?».

La Sala considera y responde:

De la Empresa de Desarrollo y Renovación Urbana de Bogotá Limitada, son socios el Instituto de Crédito Territorial y la CAR, con cien cuotas partes de interés social de $ 100.000.00 cada una; de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Cali Limitada —EMCALI— son socios el Instituto de Crédito Territorial y la Corporación Autónoma Regional del Cauca, con diez mil cuotas el pimero y mil doscientas cincuenta la segunda, de $ 10.000.00 cada una; de la Empresa de Desarrollo Urbano del Valle del Aburrá Limitada es socio el mismo Instituto de Crédito Territorial con cien cuotas por valor de $ 1.000.000.00 cada una; y de la Ciudadela Real de Minas Ltda., es socio el Instituto de Crédito Territorial, con quinientas cincuenta mil cuotas, por $ 100.00 cada una.

A estas empresas, constituidas bajo la forma de sociedades de responsabilidad limitada y sujetas al régimen legal previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, se refiere el artículo 67 del Decreto 0077 de 15 de enero de 1987 para imponer a las entidades del orden nacional, socios de las mismas, la obligación de ceder a los Municipios a título gratuito, las partes de interés social que actualmente posean; y de excluir, previa reforma estatutaria, los representantes de la Nación en sus Juntas Directivas y el representante legal designado por el Presidente de la República.

Si el Decreto en referencia se expidió cuando ya se encontraban disueltas y en proceso de liquidación las empresas aludidas según afirma la consulta, fue porque se estimó congruente la disposición del artículo 67, con la finalidad del proceso liquidatorio y con el recibo,

por parte de los Municipios del reembolso de los aportes cedidos a ellas por las entidades del orden nacional, asociadas a dichas empresas.

La especial formulación contenida en el artículo citado, propia del régimen de entidades descentralizadas, para cuya liquidación, inclusive, fue facultado el Gobierno por la Ley 12 de 1986 (art. 13) no puede estimarse ahora incompatible con la capacidad jurídica de la sociedad disuelta, pues aunque su personería jurídica subsiste únicamente para los fines propios de la liquidación, se exceptúan los actos autorizados expresamente por la ley, de conformidad con el artículo 222 del Código de Comercio.

Por lo demás, la cesión o traspaso, a cualquier título, de partes de interés social, no resulta contraria a los fines del proceso liquidatorio de una sociedad, y el cesionario, persona natural o jurídica, recibe el reembolso de su aporte, una vez cancelado el pasivo externo, según la distribución o prorrateo del remanente de los activos sociales.

Igualmente se considera de prevalente aplicación el artículo 67 del Decreto 77 de 1987 en el caso de la Ciudadela Real de Minas de Bucaramanga, por ser posterior y de derecho público frente a las normas a que se sujeta la administración social y las relaciones derivadas del contrato, durante la tramitación del concordato (Cf. art. 1921 del Código de Comercio).

Estas normas, por disposición del artículo 1933 del Código de Comercio se aplican también a las empresas industriales y comerciales del Estado, lo mismo que a las sociedades de economía mixta en que aquel tenga parte principal, directa o indirectamente.

"Pero en estos casos, si el concordato no es celebrado o no es homologado, o no es cumplido, tales entidades o sociedades no podrán ser declaradas en quiebra, sino que serán disueltas y liquidadas por la Superintendencia de Sociedades. La liquidación se sujetará a las reglas previstas en este Código para la liquidación de las sociedades por acciones".

De todos modos, no se opone al cumplimiento del concordato la cesión dispuesta por el Decreto 77 en favor de los Municipios, como no se opondría en el caso de que, celebrado y homologado, no se cumpliera, y procediera disolver y liquidar la sociedad Ciudadela Real de Minas de Bucaramanga.

Concurriría, entonces, la misma consideración de este concepto respecto de las empresas ya disueltas cuando se expidió el Decreto 77, cuya aplicación se estima compatible con su capacidad jurídica la libre negociación de cuotas de interés social durante el proceso liquidatorio y con los fines propios de éste.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. REGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.

1. Normatividad expedida hasta el día de hoy (Decreto-ley 222 de 1983).

2. Respecto de las "INCOMPATIBILIDADES" que rigen para "los empleados oficiales", el Decreto 222 de 1983, artículo 10, les prohíbe celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, con las entidades a que se refiere dicho instituto, que son las que reciben la denominación genérica de ENTIDADES PUBLICAS. O SEA: La Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en los que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social (ibídem, *arts. 1º y 267).*

3. Sanciones por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (C. P., arts. 144-146).

4. Respecto de las "INHABILIDADES" y según el régimen legal vigente (Decreto-ley 222 de 1983), se prohíbe contratar con la respectiva ENTIDAD PUBLICA, por sí o por interpuesta persona, a las sociedades (DIFERENTES A LAS ANONIMAS) en que los empleados oficiales tengan participación en el capital social, o cuyos parientes tengan conjunta o separadamente más del 50% del capital social o desempeñen cargos de dirección.

5. Establecidas las inhabilidades para las sociedades distintas de las anónimas por el Decreto 222 de 1983 en forma restringida en relación con las existentes en el anterior estatuto contractual, y sin entrar a hacer consideraciones de valor en cuanto a la bondad de este cambio legislativo, hoy en día una SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA de la cual sea socio el Presidente de un Establecimiento Público del Orden Nacional junto con su esposa e hijos, dispone de aptitud legal para celebrar contratos con entidades públicas distintas a los que se dirige el referido Presidente.

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta acerca de la aplicación de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades para contratar. Radicación número 169.

El señor Ministro de Gobierno, atendiendo a una solicitud del Procurador General de la Nación, formula a la Sala la consulta concebida en los términos siguientes:

Si el Presidente y representante legal de un Establecimiento Público de carácter nacional es a la vez propietario, junto con su esposa e hijos en un cien por ciento (100%) del capital social de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, podría esta última celebrar válidamente contratos con entidades estatales distintas a la que dirige el referido Presidente?

La Sala considera:

En desarrollo de los artículos 62 y 76-12 de la Constitución Política, el Congreso ha conferido en distintas oportunidades facultades extraordinarias al Gobierno para regular el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios y empleados públicos. En tal virtud existen normas sobre la materia en varios decretos con fuerza de ley que han sido expedidos por el Gobierno: 2400 (arts. 8º a 10), 3074 (art. 1º) y 3130 (arts. 26 a 29), todos de 1968, 222 de 1983 (arts. 8º a 14) y, en especial, el 128 de 1976 que contiene el Estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas Directivas de la entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas.

También regulaba la materia el antiguo Estatuto Contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas, o sea el Decreto-ley 150 de 1976 (arts. 7º a 12).

Referida la consulta al aspecto contractual, por una parte; y por la otra a una Sociedad de Responsabilidad Limitada de la cual es propietario junto con su esposa e hijos, en un ciento por ciento, el Presidente de un Establecimiento Público del orden nacional, la Sala analizará el tema en la forma siguiente:

1. El artículo 1º del Decreto 3074 de 1968 —que subrogó el artículo 9º del Decreto 2400 del mismo año— dispuso:

> En defensa de la economía del Estado, les está prohibido a los empleados: ...intervenir directa o indirectamente en la suscripción de contratos con el Estado..., salvo en los casos en que por mandato de la ley los deba suscribir.

2. El Decreto 128 de 1976 prohíbe a los gerentes y directores de las entidades descentralizadas, pero únicamente en relación con la entidad a la cual prestan sus servicios o con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella, entre otros asuntos, el siguiente:

> "a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno".

El Decreto puntualiza que esta prohibición regirá durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

3. El Estatuto Contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas (Decreto-ley 222 de 1983), dada su índole misma y la fecha de expedición, reglamenta en forma más completa y actualizada el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los empleados oficiales (empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores de la seguridad social) que intervienen en el campo de la contratación pública.

En el caso concreto de las inhabilidades para contratar *con la respectiva entidad*, la misma comprenden a las *sociedades* distintas de las anónimas, que se encuentren en cualquiera de estas dos circunstancias:

a) Que los empleados oficiales o miembros de la Junta o Consejo Directivo de la entidad contratante, tengan participación en el capital social o desempeñen cargo de dirección o manejo. Y,

b) Que el cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes de los empleados oficiales o miembros de la Junta o Consejo Directivo de la entidad contratante, tengan conjunta o separadamente, más del 50% del capital social o desempeñan cargos de dirección.

4. Respecto de las incompatibilidades que rigen para los empleados oficiales, el Decreto 222 de 1983, artículo 10, les prohíbe celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, con las entidades a que se refiere dicho estatuto, que son precisamente las que reciben la denominación genérica de *entidades públicas*, o sea: La Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social (*ibídem*, arts. 1º y 267).

De manera que las nuevas incompatibilidades establecidas para los empleados oficiales, comprenden la prohibición para contratar con las entidades públicas en general, y ya no tan sólo con la entidad a la cual prestan sus servicios. Y se reitera la expresión "por sí o por interpuesta persona".

Como es lógico, en las expresadas incompatibilidades no quedan comprendidas las personas que contraten por obligación legal, ni tampoco aquellas que lo hagan para usar bienes o servicios que las entidades públicas ofrezcan en condiciones comunes a quienes los soliciten.

5. Como el conjunto de prohibiciones para contratar con la administración pública (régimen de inhabilidades e incompatibilidades) se fundamenta en principios de ética administrativa y en la defensa de la economía del Estado, la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, el interés ilícito en la celebración de contratos o la tramitación de estos sin la observancia de los requisitos legales esenciales, representan conductas dolosas que el Código Penal sanciona en sus artículos 144 a 146 con penas de prisión o arresto, multas e interdicción de derechos y funciones públicas, según la gra-

vedad de los hechos; sin perjuicio de los efectos que el mismo Estatuto Contractual prevé, relacionados con la terminación y liquidación del contrato y la responsabilidad solidaria por los perjuicios causados (Decreto-ley 222 de 1983, art. 13).

La Sala responde:

Con el fin de dar respuesta a la consulta, conviene concretar el tema a dos aspectos:

Las inhabilidades que para contratar con la administración pública tienen ciertas sociedades, en los casos señalados en la ley; y las incompatibilidades que también para contratar rigen para los empleados oficiales.

a) *El caso de inhabilidad de las sociedades.* En el anterior Estatuto Contractual (Decreto-ley 150 de 1976), la materia objeto de la consulta era regulada por el artículo 8º, en el cual se disponía que son inhábiles para contratar:

2º Las sociedades en las que el cónyuge y los parientes de los empleados públicos, de los trabajadores oficiales y de los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los organismos descentralizados tengan separada o conjuntamente más del cincuenta por ciento (50%) del capital social, con la entidad en la cual aquellos y estos prestan sus servicios y con las del sector administrativo al que la misma pertenece.

3º Las sociedades en que sea socio el empleado público o trabajador oficial, con las entidades a que se refiere el presente decreto.

4º Las sociedades en las que sean socios los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los organismos descentralizados, con la entidad en la cual prestan sus servicios o con las del sector administrativo al que ésta pertenece.

Las disposiciones de este artículo no se aplican en el caso de las sociedades anónimas.

Se trataba de inhabilidades de amplia cobertura, por cuanto las sociedades en que era socio el empleado público o trabajador oficial, no podían contratar válidamente con ninguna entidad pública; y aquellas en que su cónyuge o parientes tuviesen separada o conjuntamente más del 50% del capital social, también eran inhábiles para contratar con la entidad en la cual los referidos empleados o trabajadores prestaban sus servicios y con las del sector administrativo al que la misma pertenecía.

Pero la situación varió con la expedición del nuevo Estatuto Contractual (Decreto-ley 222 de 1983), que restringió el campo de acción de las inhabilidades.

En efecto, y según el régimen legal vigente en materia de inhabilidades, se prohíbe contratar con *la respectiva* entidad pública, por sí o por interpuesta persona, a las sociedades en que los empleados oficiales tengan participación en el capital social, o cuyos parientes

tengan conjunta o separadamente, más del 50% del capital social o desempeñen cargos de dirección.

Así se deduce con claridad de lo dispuesto por el Decreto-ley 222 de 1983, artículo 9º, numerales 3 y 4. Por lo demás, la norma mantiene la excepción en tratándose de sociedades anónimas, sin duda por ser estas sociedades de capital y no de personas.

b) *El caso de las incompatibilidades de los empleados oficiales.* Respecto de las incompatibilidades, que son las establecidas en relación con las personas que ostentan la calidad de empleados oficiales (expresión genérica que, como queda dicho, se predica de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los trabajadores de la seguridad social), aquellas comprenden la prohibición de contratar con cualquier entidad pública, ya en forma directa o indirecta, es decir, por sí o por interpuesta persona, salvo cuando las personas que contraten lo hagan por obligación legal o para utilizar los bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes.

Enseña el Diccionario de la Lengua Española que *interponer* es "poner una cosa entre otra", "poner por intercesor o medianero a uno", e interpuesto es el participio pasado irregular de interponer.

El empleado oficial, por tanto, para la celebración de un contrato no puede sin violar el régimen de incompatibilidades, poner entre él y la entidad pública, a un tercero o testaferro (cabeza de hierro).

Pero ese tercero mal podría ser una sociedad de responsabilidad limitada, por cuanto ésta es una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados, y su régimen de inhabilidades tiene un tratamiento separado, como acaba de verse.

De las sociedades de responsabilidad limitada no puede predicarse que sea propietario único el empleado oficial, quien como socio tendrá una participación en el capital social; y cualquiera sea dicha participación, la inhabilidad para la sociedad contratante no surge sino en relación con la entidad a la cual el empleado oficial presta sus servicios.

Por consiguiente, *se concluye:*

Establecidas las inhabilidades para las sociedades distintas de las anónimas por el Decreto 222 de 1983, en forma restringida en relación con las existentes en el anterior Estatuto Contractual, y sin entrar a hacer consideraciones de valor en cuanto a la bondad de este cambio legislativo, hoy en día una sociedad de responsabilidad limitada de la cual sea socio el Presidente de un Establecimiento Público del orden nacional junto con su esposa e hijos, dispone de aptitud legal para celebrar contratos con entidades públicas distintas a la que dirige el referido Presidente.

Transcríbase en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Gobierno y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CAPITULO II

CREDITOS ADICIONALES

CREDITOS PRESUPUESTALES ADICIONALES.

1. Para cubrir faltantes de apropiaciones.

2. Trámite previsto en el artículo 106 del Decreto-ley 294 de 1973. PLAN DE DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL (art. 80 de la C. N.). NECESIDAD DE SU VIGENCIA.

3. Según lo dispuesto en el artículo 212 de la Constitución Nacional, para que el Gobierno Nacional pueda abrir un crédito adicional al presupuesto a través del trámite y con el cumplimiento de los requisitos a que se ha hecho referencia, el Congreso no debe estar sesionando y las partidas que en él se excluyan no pueden haber sido rechazadas por el Parlamento.

Consejo de Estado. Sala Plena.— Bogotá, D. E., quince de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número C-051. Crédito Adicional.

Con el fin de obtener el concepto del Consejo de Estado que exige el artículo 212 de la Constitución Nacional, el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presenta a consideración de esta Corporación (Oficio número 338 de 4 de junio de 1987, fl. 1, cuaderno 1) un proyecto de decreto por el cual se adiciona el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y se abren créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación por la vigencia fiscal de 1987 por un valor de $ 89.832.224.305.06 y se efectúan unos contracréditos y créditos adicionales a la vigencia fiscal de 1987 por un valor de $ 229.900.000.00.

Parte motiva del proyecto de decreto:

En el proyecto de decreto mencionado se dan como considerandos los siguientes:

a) Que de conformidad con lo establecido en los artículos 98 y 99 del Decreto extraordinario número 294 de 1973, el Gobierno podrá abrir créditos suplementales y extraordinarios al presupuesto con la aprobación del Consejo de Ministros y el concepto previo y favorable del Consejo de Estado;

b) Que el Gobierno dispone de recursos ordinarios y de recursos de crédito legalmente contratados para efectuar adiciones al presu-

puesto de rentas y recursos de capital, con el fin de atender gastos adicionales en el presupuesto de gastos imprescindibles en la administración pública;

c) Que con la apertura de los créditos adicionales contemplados en el referido proyecto de decreto no se sobrepasa del 25% del total del Decreto 3719 de 23 de diciembre de 1986 "por el cual se liquida y expide el presupuesto para la vigencia fiscal de 1987", señalado en el artículo 100 del citado Decreto 294 de 1973, según lo acredita el Contralor General de la República mediante la expedición de la correspondiente certificación de disponibilidad. Que con el fin de amparar la apertura de créditos adicionales al presupuesto de gastos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 101 numeral 2 del Decreto 294 citado, dicho contralor emitió los certificados de disponibilidad números 1, 3, 4, 6, 7, 10 a 17, 19, 22 a 25 comprendidos entre las fechas de 26 de febrero a 27 de mayo de 1987;

d) Que los Ministerios de Gobierno, Justicia, Educación Nacional y el Departamento Administrativo de la Presidencia, a través de sendas resoluciones declararon saldos sobrantes y por lo tanto disponibles para ser contracreditados por la suma de $ 229.900.000.00.

Al anterior efecto y de conformidad con el artículo 113 del Decreto 294 de 1973 y la Resolución Orgánica número 07495 de 1979 proveniente de la Contraloría General de la República los Auditores de los respectivos Ministerio y Departamento Administrativo de la Presidencia expidieron los correspondientes certificados de disponibilidad, los cuales a su vez fueron refrendados por el Contralor General de la República con arreglo a lo prevenido en la Resolución Orgánica número 8299, artículo 1º de dicha Contraloría;

e) Que el Departamento Nacional de Planeación conceptuó favorablemente sobre las modificaciones presupuestales del presupuesto de gastos de inversión;

f) Que el Consejo de Ministros ha autorizado la apertura de los presentes créditos adicionales.

Parte resolutiva del proyecto de decreto:

Por su artículo 1º se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital para la vigencia fiscal de 1987 en la suma de $ 77.629.861, según las siguientes certificaciones de disponibilidad de la Contraloría General de la República, números:

12	de 22 de abril de 1987 por valor de	$ 11.650.000.000.00
13	de 22 de abril de 1987 por valor de	$ 1.000.000.000.00
	del cual se utiliza el valor de	$ 600.000.000.00
15	de 27 de mayo de 1987 por valor de	$ 4.500.000.000.00
	del cual se utiliza el valor de	$ 2.407.067.000.00
22	de 27 de mayo de 1987 por valor de	$ 2.050.000.000.00
23	de 27 de mayo de 1987 por valor de	$ 17.954.794.089.01

del cual se utiliza el valor de $ 17.954.794.000.00

24 de 27 de mayo de 1987 por valor de $ 15.356.000.000.00

25 de 27 de mayo de 1987 por valor de $ 27.612.000.000.00

La incorporación a dicho Presupuesto de Rentas y Recursos de capital se hace como sigue:

Ingresos Corrientes

Ingresos No Tributarios

Capítulo X

c) Otros recursos.

Numeral 78A. Consignación en la Tesorería General de la República como depósitos aplicables a rentas-recursos no apropiados, conforme a certificados de disponibilidad número 13 de 22 de abril de 1987 por valor de $ 1.000.000.000 del cual se utilizan la suma de $ 600.000.000, y a certificado de disponibilidad número 22 de 27 de mayo de 1987 por valor de $ 2.050.000. Total . . . . . $ 2.650.000.000

Numeral 78C. Cancelación de reservas de apropiación financiadas con recursos de crédito de las vigencias 1981, 1982, 1983 y 1984 canceladas y contabilizadas con "recursos no apropiados", conforme a certificado de disponibilidad número 15 por valor de $ 4.500.000 del cual se utiliza la suma de . . . . . $ 2.407.067.000

Numeral 78D. Superávit fiscal definitivo liquidado por la Contraloría General de la República en 1986, conforme a certificado de disponibilidad número 23 de 27 de mayo de 1987 por valor de $ 17.954.794.089.01 del cual se utiliza la suma de . . . . . $ 17.954.794.000

Numeral 78E. Recursos originados en regalías de Ecopetrol de conformidad con los artículos 98 y 99 de la Ley 75 de 1986, conforme a certificado de disponibilidad número 24 de 27 de mayo de 1987 por valor de . . . . . $ 15.356.000.000

Recursos de capital

Captíulo XIII

Recurso de crédito

b) Recurso de crédito externo.

Numeral 132C. Equivalente en pesos del valor de la suscripción de pagarés expedidos por la

República de Colombia en desarrollo del contrato con Citi Corp. Investment Bank Limited, conforme a certifcado de disponibilidad número 12 de abril de 1987 por valor de	$ 11.650.000.000
Numeral 132D. Equivalente en pesos del valor del contrato de empréstito integrado por la República de Colombia, Ecopetrol, Banco de la República y con grupo de bancos agenciados por el Chemical Bank, según certificado de disponibilidad número 25 de 27 de mayo de 1987 por valor de	$ 27.612.000.000
Suman los recursos	$ 77.629.861.000

Artículo 2º Con base en los recursos de que trata el artículo 1º anterior, se abren los siguientes créditos adicionales en el Presupuesto de Gastos para la vigencia fiscal de 1987.

Presupuesto de funcionamiento.

Congreso:

Senado de la República: Servicios personales, gastos generales y transferencias.

Cámara de Representantes: Servicios personales y gastos generales.

Total créditos adicionales Congreso:	$ 90.000.000
Contraloría General de la República:	
Servicios personales, gastos generales y transferencias	$ 130.357.000
Presidencia de la República:	
Servicios personales, gastos generales y transferencias	$ 455.693.000
Departamento Nacional de Planeación:	
Servicios personales, gastos generales y transferencias	$ 40.705.000
Departamento Administrativo Nacional de Estadística:	
Servicios personales y gastos generales	$ 58.358.000
Departamento Administrativo del Servicio Civil:	

Servicios personales y gastos generales . . . . $ 25.533.000

Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—:

Servicios personales y gastos generales . . . . $ 209.327.000

Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil:

Servicios personales y gastos generales . . . . $ 79.749.000

Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías:

Servicios personales, gastos generales y transferencias . . . . . $ 184.472.000

Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas:

Servicios personales y transferencias . . . . $ 5.370.000

Ministerio de Relaciones Exteriores:

Servicios personales, gastos personales y transferencias . . . . . $ 232.757.000

Ministerio de Gobierno:

Servicios personales, gastos personales y transferencias . . . . . $ 74.970.000

Ministerio de Justicia:

Servicios personales y transferencias . . . . $ 256.818.000

Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

Servicios personales, gastos personales y transferencias . . . . . $ 311.479.000

Ministerio de Defensa Nacional:

Servicios personales y transferencias . . . . $ 7.093.500.000

Servicios personales y gastos generales (emergencia) . . . . . $ 2.383.185.000

Policía Nacional:

Servicios personales, gastos generales y transferencias . . . . . $ 6.258.900.000

Servicios personales y gastos generales (emergencia) . . . . . $ 601.466.000

Ministerio de Agricultura:

Servicios personales, gastos generales y transferencias	$ 318.381.000
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social:	
Servicios personales, gastos generales y transferencias	$ 2.869.792.000
Ministerio de Salud:	
Servicios personales, gastos generales y transferencias. Incluye: Servicios Seccionales de Salud, Plan Nacional de Salud Rural, Campaña Antituberculosa, Control de Medicamentos, Superintendencia de Seguros de Salud, Servicio de Erradicación de la Malaria —SEM—	$ 2.477.144.000
Ministerio de Desarrollo Económico:	
Servicios personales, gastos generales y transferencias. Incluyen Comisión Nacional de Valores	$ 429.291.000
Ministerio de Minas y Energía:	
Servicios personales, gastos generales y transferencias	$ 141.387.000
Ministerio de Educación Nacional:	
Transferencias. Incluyen Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas "Francisco José de Caldas" (Colciencias), Universidad Nacional, Instituto Colombiano de Cultura, Universidades de Antioquia, Cartagena, de Nariño, del Atlántico, del Valle, del Cauca, de Córdoba, Pedagógica y Tecnológica de Tunja, Pedagógica Nacional, Popular del Cesar, Centro Jorge Eliécer Gaitán, Instituto Tecnológico Pascual Bravo de Medellín, Plan Nacional de Rehabilitación; educación básica y primaria; educación secundaria y media vocacional (FER de los distintos departamentos) . .	$ 7.766.599.000
Ministerio de Comunicaciones:	
Servicios personales y transferencias	$ 58.715.000
Ministerio de Obras Públicas:	
Servicios personales y transferencias	$ 250.713.000
Registraduría Nacional del Estado Civil:	
Servicios personales, gastos generales y transferencias	$ 298.839.000

Rama Jurisdiccional:

Servicios personales. Incluye administración de la honorable Corte Suprema de Justicia, y del honorable Consejo de Estado, de los Tribunales y Juzgados Superior, Circuito, Trabajo, de Menores, Municipal y Territorial; Tribunales y Juzgados Superiores y de Distrito Penal Aduanero (Sueldos del personal, primas —vacaciones y de servicio— y subsidios) . . . . . $ 1.296.063.000

Ministerio Público:

Servicios personales, gastos generales y transferencias. Incluyen Fiscalías de Tribunales y Juzgados, del Consejo de Estado y Tribunales Administrativos (sueldos del personal, primas y subsidios) . . . . . $ 342.672.000

Total Crédito Adicional Presupuesto de Funcionamiento . . . . . $ 35.164.039.000

Presupuesto de inversión.

Ministerio de Gobierno:

Inversión indirecta . . . . . $ 50.000.000

Ministerio de Defensa Nacional:
Inversiones directa e indirecta . . . . . $ 1.102.378.000
Policía Nacional:

Construcción y dotación de cuarteles y otras instalaciones . . . . . $ 23.344.000

Ministerio de Salud:

Inversiones indirectas. Incluyen atención médica en programas de control a enfermedades venéreas transmisibles (SIDA), e Instituto de Fomento Municipal (infraestructura física de salubridad) . . . . . $ 41.800.000

Ministerio de Desarrollo Económico:

Inversiones indirectas. Incluyen al Instituto de Crédito Territorial (contribución de vivienda) $ 100.000.000

Ministerio de Educación Nacional:

Inversiones indirectas. Incluyen infraestructura educativa para educación básica secundaria.

Colciencias (investigación y divulgación científica y tecnológica)	$ 6.800.000.000
Ministerio de Obras Públicas y Transporte:	
Inversiones indirectas. Fondo Vial Nacional (Plan Nacional Vial - construcción y reconstrucción de carreteras nacionales)	$ 2.191.422.000
Presidencia de la República:	
Inversiones directa e indirecta	$ 6.367.000.000
Departamento Nacional de Planeación:	
Inversiones directa e indirecta	$ 970.000.000
Departamento Administrativo Nacional de Estadística:	
Inversiones directas	$ 160.000.000
Departamento Administrativo del Servicio Civil:	
Inversiones directas e indirectas	$ 64.500.000
Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas:	
Inversiones directas	$ 12.000.000
Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías:	
Inversiones directa e indirecta	$ 455.000.000
Ministerio de Gobierno:	
Inversiones indirectas. Fondo de Desarrollo Comunal	$ 250.000.000
Ministerio de Hacienda y Crédito Público:	
Inversiones directa e indirecta. Incluyen información y procesamiento de datos e infraestructura física. Instituto Geográfico Agustín Codazzi	$ 602.000.000
Ministerio de Defensa Nacional:	
Inversiones directa e indirecta: Incluyen defensa y seguridad, del Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Aérea Colombiana (FAC)	$ 1.081.000.000
Policía Nacional:	
Inversiones directas. Defensa y seguridad	

(construcción y dotación de cuarteles y otras instalaciones) . . . . . $ 653.000.000

Ministerio de Agricultura:

Inversiones directa e indirecta. Incluyen al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA): Desarrollo de la investigación y producción agrícola y pecuaria; Instituto Colombiano de la Reforma Agraria: Desarrollo de comunidades, obras de infraestructura Colonización Uribe-Guayabero-PNR, Asistencia técnica Arauca Fase II, crédito y asistencia técnica en Zona PNR. Adquisición y adjudicación de tierras:
PNR: Magdalena Medio, Meta, Guaviare, Arauca, Norte de Santander, Alto Sinú. San Jorge, Urabá Antioqueño-Chocoano, Bajo Cauca, Cauca, Tolima, Huila, Cesar y Bolívar, Caquetá-Putumayo, Sucre, Magdalena. titulación baldíos, fomento del caucho en Caquetá y otros. Inderena: Investigación, manejo, administración y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Himat: Estudio, diseño y construcción de distritos de riego y drenaje, administración, operación y conservación de los distritos de riego de las regionales. Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema): Fomento y crédito agropecuarios, compra de cosechas en zonas PNR, construcción centro de acopio doble vía y dotación equipos zonas PNR: Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero: Desarrollo de la investigación y producción agrícola. Fondo de Desarrollo Rural Integrado. DRI: Administración, promoción y apoyo a la comercialización, promoción y crédito para construcción de tiendas veredales - EPA . . . . . $ 6.864.350.000

Ministerio de Salud:

Inversiones directa e indirecta. Incluyen programa de desarrollo de comunidades, servicios públicos urbanos, mataderos, control de aguas de servicio público, determinación de fuentes y contaminación atmosférica, atención materno infantil, control enfermedad diarréica aguda, control tuberculosis, lepra y oncocercosis, programa nacional de vacunaciones masivas, protección preventiva al menor y la familia, Plan Nacional y Desarrollo de la Infancia - PNR. Instituto Nacional de Fomento Municipal; infraestructura física de salubridad. Instituto Nacional de Salud: Análisis de drogas, cosméticos y bebidas, análisis de alimentos. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Protección especial al menor, protección preventiva al menor y la familia, hogares de

bienestar infantil. Fondo Nacional Hospitalario: Infraestructura física de salubridad, recuperación, conservación y mantenimiento dotación médico hospitalaria; construcción, ampliación, remodelación y dotación hospitales regionales, construcción nuevos hospitales, ampliación, remodelación y dotación de hospitales en Tunja, Santa Marta, San José Guaviare, Puerto Boyacá, San Vicente de Chucurí, San Pablo (Bolívar), San Simón Victoria (Caldas), Paujil (Caquetá), Centro Hospitalario Miranda (Cauca), Centro Hospitalario Unguía (Chocó), etc., etc., campaña contra la Malaria, campaña contra la fiebre amarilla . . . . . $ 4.726.000.000

Ministerio de Desarrollo Económico:

Inversiones directa e indirecta. Incluyen: Fomento de desarrollo regional de la Guajira, Plan de inversiones en el Departamento del Chocó. Corporación Financiera Popular: Crédito a la pequeña y mediana industria . . . . . $ 130.000.000

Ministerio de Minas y Energía:

Inversiones directa e indirecta: Fiscalización y control de minas y combustibles, Instituto Colombiano de Energía Eléctrica - ICEL: Generación de energía eléctrica, transmisión de energía eléctrica, Instituto de Asuntos Nucleares: Investigación y desarrollo geológico minero, investigación y experimentación nuclear. Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica - Corelca: Sistema de distribución rural . . . . . $ 8.196.700.000

Ministerio de Educación:

Inversiones directas e indirectas: Plan Nacional de educación especial, Plan Nacional de etnoeducación; diseño, producción y distribución de guías y materiales para la renovación curricular; planeación y asistencia técnica a la educación. ICFES: Investigación y divulgación científica y tecnológica; construcción y mantenimiento de edificios educativos. Icetex: Capacitación y crédito educativo. ICCE: Servicio de la deuda e inversiones financieras. Coldeportes: Desarrollo cultural, fomento y desarrollo de la educación física y la recreación en el sector educativo, eventos deportivos en básica secundaria y media vocacional, desarrollo y adecuación de la infraestructura deportiva y recreativa. Instituto Nacional de Sordos. Instituto Nacional para Ciegos: Atención a las personas, formación y bienestar social del

limitado visual, material y ayudas educativas. Colciencias: Investigación y divulgación científica y tecnológica, incorporación de los conocimientos a los sistemas cultural y productivo. Segunda expedición botánica, tecnología para el desarrollo energético; etc. Universidad Nacional de Colombia; desarrollo e integración universitaria, construcción, dotación, ampliación y mantenimiento instituciones educación superior, planes de desarrollo universitario, etc. Universidad del Cauca, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja. Universidad Tecnológica del Chocó. Fondo Ministerio de Educación: Construcción y mantenimiento de edificios educativos, adquisición de materiales y equipos para la educación, etc. . . . . $ 2.319.950.000

Ministerio de Obras Públicas y Transporte:

Inversiones directas e indirectas: Plan Vial Nacional, navegación fluvial y obras hidráulicas. Fondo Vial Nacional: Plan Vial Nacional, construcción y reconstrucción de carreteras nacionales, pavimentación de vías. Fondo Nacional de Caminos Vecinales: Caminos vecinales, planes especiales, etc. Fondo de Inmuebles Nacionales: Adquisición, construcción, dotación y mantenimiento de edificios; inmuebles nacionales, parques y monumentos, etc. . . . . $ 7.372.000.000

Registraduría Nacional del Estado Civil:

Inversiones directas: Información y procesamiento de datos, programas de sistematización, sistema de microfilmación, adquisición y mantenimiento de equipo, programas de descentralización y desarrollo . . . . . $ 50.000.000

Total Presupuesto de inversión . . . . . $ 42.465.222.000

Más Presupuesto de Funcionamiento . . . . $ 35.164.639.000

Total Presupuesto de inversión y funcionamiento del artículo 2º: . . . . . $ 77.629.861.000

Por el *artículo 3º* del Proyecto de Decreto de adición se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital en la cantidad de $ 12.202.363.309.86, con base en los siguientes certificados de disponibilidad de la Contraloría General de la República, números:

1	de 23 de febrero de 1987 por valor de	$ 5.934.692.095.50
3	de 3 de marzo de 1987 por valor de	$ 3.159.212.42
4	de 11 de marzo de 1987 por valor de	$ 62.997.800.00

6	de 12 de marzo de 1987 por valor de	$ 1.400.148.992.86
7	de 26 de marzo de 1987 por valor de	$ 211.100.000.00
10	de 1º de abril de 1987 por valor de	$ 959.500.000.00
11	de 1º de abril de 1987 por valor de	$ 462.883.709.68
	del cual se utiliza la suma de	$ 330.226.951.68
14	del 27 de abril de 1987 por valor de	$ 1.027.036.083.00
16	del 16 de mayo de 1987 por valor de	$ 2.099.774.373.34
17	del 18 de mayo de 1987 por valor de	$ 150.727.796.76
19	del 18 de mayo de 1987 por valor de	$ 23.000.000.00

La incorporación de dicha cantidad de $ 12.202.363.309.86 se hace como sigue:

En el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital

Ingresos Corrientes

Ingresos no Tributarios

Capítulo X

c) Otros recursos

Numeral 78A. Consignación en la Tesorería General de la República como depósitos aplicables a rentas recursos no apropiados (certificados de disponibilidad número 3 de 3 de marzo de 1987, por valor de $ 3.159.212.42 y 17 de 18 de mayo de 1987 por valor de $ 150.727.796.76) ..	$ 153.887.009.18
Numeral 78B. Recuperación de Cartera de los subpréstamos conferidos por el préstamo de apoyo institucional hecho por el Canadá (certificado de disponibilidad número 4 de 11 de marzo de 1987) por valor de	$ 62.997.800.00

Recursos de Capital

c) Recursos del balance del Tesoro.

Numeral 113A. Cancelación de reservas del balance del Tesoro de 1985, financiadas con recursos del préstamo BID - 672/SF-CO certificado de disponibilidad número 19 de 18 de mayo de 1987)	$ 23.000.000.00
Numeral 113B. Cancelación de reservas del balance del Tesoro de 1985, financiadas con recursos del préstamos BID - 672/SF-CO certificado de disponibilidad número 14 de 27 de abril de 1987 por valor de $ 1.027.036.083) del cual se toma la suma de	$ 682.206.116.00

Numeral 113C. Cancelación de reservas del balance del Tesoro de 1985, financiadas con recursos del préstamo FIDA - 087.CO (certificado de disponibilidad número 14 de 27 de abril de 1987 por valor de $ 1.027.036.083) del cual se utiliza la suma de .. .. $ 344.829.967.00

Numeral 113D. Cancelación de reservas del balance del Tesoro de 1985, financiadas con recursos del préstamo Birf 1583-CO (certificado de disponibilidad número 11 de 1º de abril de 1987 por valor de $ 462.883.709.68) del cual se utiliza la suma de .. .. $ 134.061.206.72

Numeral 113E. Cancelación de reservas del balance del Tesoro de 1985, financiadas con recursos del préstamo Bid 440/OC-CO y 724/SF-CO (certificado de disponibilidad número 11 de 1º de abril de 1987 por valor de $ 462.883.709.68) del cual se utiliza el valor de .. .. $ 196.165.745.26

Capítulo XI

Recursos del Crédito

b) Recursos del Crédito externo.

Numeral 122A. Equivalente en pesos del producto del contrato de préstamo BID 724/SF-CO (certificado de disponibilidad número 10 del 1º de abril de 1987 por valor de $ 959.500.000) del cual se toma la suma de .. $ 412.519.000.00

Numeral 122B. Equivalente en pesos del producto del contrato del préstamo BID 440/OC-CO (certificado de disponibilidad número 10 de 1º de abril de 1987 por valor de $ 959.500.000) del cual se utiliza la suma de .. .. $ 546.981.000.00

Numeral 125A. Equivalente en pesos del préstamo parcial del contrato de préstamo BIRF 2379 CO (certificado de disponibilidad número 7 de 26 de marzo de 1987) por valor de $ 211.100.000.00

Numeral 125C. Equivalente en pesos del producto del préstamo BIRF 1583-CO a ser utilizado por Isa en 1987 (certificado de disponibilidad número 16 de 16 de mayo de 1987) por valor de .. .. $ 2.099.774.373.34

Numeral 132A. Equivalente en pesos del producto parcial del convenio de crédito celebrado entre el Banco Exterior de España y la República de Colombia (certificado de disponibilidad número 6 de 12 de marzo de 1987) por valor de .. .. $ 1.400.148.992.86

Numeral 132B. Equivalente en pesos del valor del contrato de empréstito externo entre la República de Colombia y un grupo de bancos en que actúa como banco principal el DRESNER BANK AKTIENGESELLSCHAFT DE FRANKFURT (certificado de disponibilidad número 1 de 26 de febrero de 1987) por valor de . . . . . $ 5.934.692.095.86

Suman los Recursos: . . . . . $ 12.202.363.305.86

Artículo 4º Con base en los recursos de que trata el artículo 3º anterior, se abren los siguientes créditos adicionales en el presupuesto de gastos para la vigencia fiscal de 1987, así:

Presupuesto de funcionamiento.

Contraloría General de la República:

Transferencias y gastos generales . . . . . $ 150.727.796.76

Departamento Administrativo de la Presidencia:

Gastos Generales . . . . . $ 3.159.212.42

Total crédito adicional presupuesto de funcionamiento . . . . . $ 153.887.009.18

Presupuesto de Inversión.

Departamento Nacional de Planeación:

Inversiones directa e indirecta: Corporación Autónoma Regional del Cauca (CVC). Corporación para la Reconstrucción del Cauca (CRC), Plan de reconstrucción social, económico y material del Cauca en zona afectada por el Sismo, etc. . . . . $ 234.100.000.00

Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

Inversiones indirectas. Plan de desarrollo indígena . . . . . $ 62.997.800.00

Ministerio de Agricultura:

Inversiones indirectas. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Incora. Recurso: Infraestructura física de salubridad, construcción y mantenimiento de edificios educativos, desarrollo social campesino, investigación, manejo, administración y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, plan de desarrollo indígena, etc. . . . . $ 1.027.036.083.00

Ministerio de Minas y Energía:	
Inversiones directas. Transmisión de energía eléctrica	$ 2.233.835.580.86
Ministerio de Salud:	
Inversiones indirectas. Fondo Nacional Hospitalario. Infraestructura física de salubridad	$ 7.334.841.088.86
Ministerio de Educación Nacional:	
Inversiones indirectas. Universidad del Cauca: Infraestructura física, adquisición materiales y equipos para la educación, desarrollo e integración universitaria (reconstrucción Sedes Universidad del Cauca)	$ 1.155.665.745.26
Total Crédito adicional Presupuesto de Inversión	$ 12.048.476.296.00
Más: Crédito adicional Presupuesto de Funcionamiento	$ 153.887.009.08
Total Crédito adicional	$ 12.202.363.305.86

Resumen:

Artículo 2º

Total Presupuesto de funcionamiento	$ 35.164.639.000.00
Total Presupuesto de Inversión	$ 42.465.222.000.00
Total	$ 77.629.861.000.00

Artículo 4º

Total presupuesto de funcionamiento	$ 153.887.009.18
Total presupuesto de inversión	$ 12.048.476.296.68
Total	$ 12.202.363.305.86

Total artículos 2º y 4º:

Presupuesto de funcionamiento	$ 35.318.526.009.18
Presupuesto de inversión	$ 54.513.698.296.68
Gran total adición	$ 89.832.224.305.86

Por el *artículo 5º* del presente Proyecto de Decreto de adición se efectúan los siguientes contracréditos al Presupuesto de Gastos para la vigencia fiscal de 1987:

Contracréditos

Presupuesto de funcionamiento.

Ministerio de Gobierno:

Capítulo 01. Dirección Superior. Recursos ordinarios. Gastos Generales. Arrendamientos $ 15.000.000

Total contracréditos . . . . . $ 15.000.000

Presupuesto de inversión.

Departamento Administrativo de la Presidencia:

Capítulo 02. Secretaría de Integración Popular Recursos Cafeteros. Capacitación y crédito educativo. Inversión indirecta. Desarrollo e integración de la educación tecnológica $ 21.500.000. Recursos ordinarios: Construcción y matenimiento de edificios educativos $ 50.000.000.

Total contracréditos . . . . . $ 71.500.000

Ministerio de Justicia:

Capítulo 01. Dirección Superior. Desarrollo y administración de la Justicia. Asistencia al recluso entre 16 y 18 años $ 8.000.000.

Capítulo 22. Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Desarrollo y administración de la Justicia. Reparación y dotación de establecimientos carcelarios del país $ 68.400.000.

Total contracréditos . . . . . $ 76.400.000

Ministerio de Educación:

Capítulo 25. Colcultura. Recursos ordinarios.
Programa 2401. Desarrollo Cultural.
Artículo 6524. Conservación del patrimonio cultural.

42293. Proyecto 5. Escuela de conservación y museología $ 2.000.000

42293. Proyecto 6. Biblioteca Nacional $ 5.000.000
artículo 6525. Difusión Cultural

42352. Proyecto 2. Estímulo a concursos, festivales y encuentros culturales de carácter popular $ 3.000.000

Proyecto 3. Apoyo a eventos culturales regionales	$ 1.000.000	
Proyecto 7. Orquesta Sinfónica de Colombia	$ 20.000.000	
Proyecto 9. Opera de Colombia	$ 20.000.000	
Proyecto 11. Coro Nacional de Colcultura	$ 20.000.000	
Proyecto 12 Taller de producción escénica:	$ 4.000.000	
Proyecto 21. Encuentro Internacional de colombianistas	$ 2.000.000	
Total contracréditos	————	$ 67.000.000
Total contracréditos presupuesto de inversión:		$ 214.900.000
Más: Total contracréditos presupuesto de funcionamiento:		$ 15.000.000
Total contracréditos		$ 229.900.000

Dispone el *artículo 6º* del Proyecto de Decreto que con base en los recursos de que trata el artículo 5º precedente se abren los siguientes créditos adicionales en el Presupuesto de Gastos para la vigencia fiscal de 1987:

Créditos

Presupuesto de funcionamiento.

Ministerio de Gobierno:

Recursos ordinarios. Capítulo 01. Dirección Superior. Servicios personales y gastos generales. Capítulo 02. Desarrollo comunal. Servicios personales y gastos generales.

Total	$ 15.000.000
Total créditos Presupuesto de funcionamiento . .	$ 15.000.000

Presupuesto de Inversión.

Ministerio de Justicia:

Capítulo 01. Dirección Superior. Programa 1302. Desarrollo y administración de la Justicia. Artículo 5551. Capacitación de personal y bienestar social de empleados.

Total créditos	$ 76.400.000

Ministerio de Educación Nacional:

Capítulo 01. Dirección Superior. Recursos Cafeteros. Programa 2403. Capacitación y crédito educativo. Recursos ordinarios. Programa 2405. Construcción y mantenimiento de edificios educativos. Inversión directa. Artículo 6506A. Infraestructura educativa para nivel primario. 32312. Proyecto 1. Educación primaria y Escuela nueva - PNR $ 50.000.000.

Capítulo 25. Colcultura. Recursos ordinarios. Programa 2401. Desarrollo Cultural. Inversión indirecta: Artículo 6524. Conservación del patrimonio cultural. 42352. Proyectos 10, 11, 12. Artículo 6525. Difusión Cultural. 42352. Proyectos 8, 27, 28, 29, 30.

Programa 1202. Infraestructura física. Inversión indirecta. Artículo 6526. Adquisición, construcción, dotación y mantenimiento de edificios. 42352.

Proyecto 1. Adquisición, dotación y remodelación de redes $ 47.000.000

Total créditos: Presupuesto de Inversión:	$ 214.900.000
Más: Total créditos Presupuesto de funcionamiento	$ 15.000.000
Total créditos	$ 229.900.000

II

Exposición de motivos del Proyecto de Decreto:

El Ministro de Hacienda y Crédito Público explica de la siguiente manera las razones que asisten al Gobierno para ocurrir ante el honorable Consejo de Estado en busca de concepto:

«*1. Presentación.*

2. De las adiciones al presupuesto nacional.

En los últimos años el Gobierno Nacional se ha visto avocado a presentar proyectos de ley de presupuesto que, por la insuficiencia de los ingresos fiscales no cubren el total de las obligaciones de la administración pública. Por tal razón y salvaguardando el principio de equilibrio fiscal, los presupuestos básicos de la Nación se han venido aprobando con importantes faltantes en sus apropiaciones, las cuales se complementan dentro de la ejecución presupuestal de la vigencia respectiva con la apertura de créditos adicionales, una vez se obtienen los ingresos fiscales complementarios correspondientes.

El Gobierno Nacional informó al Congreso Nacional de la magnitud de los faltantes de apropiación para la vigencia fiscal de 1987, que

en el momento de presentación del proyecto de ley de presupuesto nacional se estimaron en la suma de $ 175.800 millones, los cuales necesariamente deberán incorporarse en el transcurso del presente año fiscal.

Uno de los principales factores que determinó la desfinanciación del presupuesto actual es el incremento salarial decretado en enero de 1987, el cual benefició a todos los servidores del Estado al aumentar sus remuneraciones en un 21% promedio ponderado. Este incremento salarial repercute no solamente sobre los servicios personales, sino que afecta otros renglones como las transferencias de funcionamiento.

Además, el presupuesto de gastos de inversión presenta importantes faltantes de apropiación, que necesariamente han reclamado del Gobierno Nacional la búsqueda de recursos nuevos que permitan la realización integral de los programas económicos y sociales que la actual Administración ha puesto en marcha dentro de sus planes de desarrollo.

Por estos motivos fundamentales, el Gobierno Nacional se ve precisado a presentar al honorable Consejo de Estado este expediente de adiciones al presupuesto nacional de la actual vigencia, habida cuenta de las necesidades apremiantes de gasto y de la disponibilidad de ingresos fiscales que no pudieron ser incluidos en el proyecto de ley de presupuesto que oportunamente se sometió a consideración del Congreso Nacional durante las sesiones ordinarias de esta Corporación en la legislatura de 1986.

3. De los ingresos fiscales adicionales.

Con el transcurso de los primeros cinco meses del presente año, la hacienda nacional cuenta con recursos especiales que le permitirán a través del expediente de adición presupuestal sometido a consideración del honorable Consejo de Estado la financiación parcial de los faltantes de apropiación que se presentan en esta vigencia fiscal en las finanzas públicas.

En desarrollo de lo ordenado en el artículo 101 del Decreto extraordinario 294 de 1973, el señor Contralor General de la República ha expedido certificados de disponibilidad que permiten al Gobierno Nacional proponer los créditos adicionales que incluye el proyecto de decreto. El expediente, atendiendo el mandato constitucional, presenta equilibrio presupuestal entre sus ingresos y gastos.

En forma resumida se considera conveniente resaltar en esta exposición los más importantes numerales rentísticos que se encuentran certificados por la Contraloría General de la República, los cuales aparecen en forma detallada dentro del texto del proyecto de decreto en la parte correspondiente a las adiciones al presupuesto de ingresos.

El recurso nuevo disponible más importante es el superávit fiscal determinado dentro de las cuentas del presupuesto y del Tesoro para la vigencia fiscal de 1986 por la Contraloría General de la República. El valor de este superávit asciende a la suma de $ 17.974.8 millones, los cuales se certificaron en virtud de lo previsto en el numeral 1 del mencionado artículo 101, por no encontrarse en la fecha apropiados dentro del presupuesto nacional. Además, se cuenta con certificados

de disponibilidad originados en el producto de reintegro a la Tesorería General de la República de saldos no utilizados por organismos y entidades correspondientes a vigencias fiscales anteriores, así como con el nuevo recurso previsto en los artículos 98 y 99 de la Ley 75 de 1986 que proveen al Tesoro Nacional de la transferencia de regalías de ECOPETROL y cuyo valor asciende para este año a la suma de $ 15.356.0 millones. Estos recursos ordinarios son la fuente principal para financiar parcialmente los faltantes de apropiación que presenta el presupuesto nacional dentro de sus gastos de funcionamiento.

Además de los anteriores recursos fiscales, el Gobierno Nacional tiene dos certificaciones de disponibilidad expedidas en desarrollo de lo previsto en el numeral 2º del artículo 101 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto extraordinario 294 de 1973, correspondiente a sendas operaciones del crédito externo legalmente autorizadas y no incorporadas al presupuesto de la actual vigencia. Una de ellas corresponde al segundo tramo del corrientemente llamado "préstamo jumbo", en el cual actúa como agente principal de un grupo de bancos el Chemical Bank y cuya cuantía asciende a US$ 118 millones, que a una tasa de cambio de $ 234 arrojan $ 27.612.0 millones. La otra operación de crédito externo corresponde a los pagarés de tasa flotante de la República de Colombia agenciados por Citicorp por valor de US$ 50 millones, liquidados a $ 233 por dólar para una disponibilidad presupuestal de $ 11.650 millones, según certificaciones de la Contraloría General de la República. Estos dos empréstitos externos son el soporte más importante con que cuentan los créditos adicionales abiertos en el proyecto de decreto para gastos de inversión pública.

Aparecen dentro de los recursos fiscales que se adicionan otros numerales correspondientes a créditos contratados con el Banco Mundial y el BID, los cuales se destinan a proyectos específicos de inversión que, junto con cancelaciones de reservas de apropiación financiadas con recursos del crédito interno, previstas en el numeral 4º del artículo 101 ya mencionado, constituyen el universo del total de recursos nuevos contemplados en el expediente para el presupuesto de ingresos de la Nación.

4. De las adiciones al presupuesto de gastos.

El proyecto de decreto incorpora en el presupuesto de gastos de la Nación los ingresos adicionales de que se ha dado cuenta atrás, conforme al siguiente resumen:

Resumen del proyecto de adición al presupuesto de gastos
1987

(Millones de Pesos)

A. Adiciones para servicios personales	$ 16.671.0
B. Adiciones para gastos generales	$ 2.473.7
C. Adiciones para transferencias	$ 15.853.0
D. Adiciones para servicio de la deuda	$ 311.5
E. Adiciones para gastos de inversión	$ 54.523.0
TOTAL GENERAL DE ADICIONES	$ 89.832.2

La Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público financia con las adiciones propuestas para servicios personales y transferencias los gastos por estos conceptos hasta el mes de octubre de 1987 en algunos organismos y entidades oficiales. Tratándose de la Rama Jurisdiccional, se prevén los recursos adicionales necesarios hasta el mismo mes, incluyendo el pago de los sustanciadores y la financiación de los nuevos juzgados de instrucción criminal, creados en desarrollo de la Ley 2ª de 1984.

Infortunadamente en otros sectores del Estado estos gastos quedarán financiados solamente hasta el mes de septiembre de 1987, como sucede con los servicios personales y transferencias de funcionamiento del Ministerio de Defensa; la Policía Nacional; los Fondos Educativos Regionales, en la parte correspondiente a educación secundaria, los Servicios Seccionales de Salud; las Universidades Oficiales y las Cajas de Retiro de las Fuerzas Armadas así como la Caja Nacional de Previsión. Este evento se origina en la limitación de los recursos fiscales disponibles, que imposibilitan una financiación similar en el tiempo para todos los sectores comprendidos en el Presupuesto General de la Nación.

Se incluyen dos créditos suplementales para atender compromisos de la deuda pública externa por valor de $ 311.5 millones, ya que diversos factores han incidido en el aumento del costo de este servicio, dentro de los cuales se puede destacar el incremento en la tasa de devaluación de la moneda nacional frente al dólar y la existencia de mayores utilizaciones de los créditos contratados, lo cual conduce a más desembolsos y, por ende, a un mayor servicio de la deuda.

Dentro de los gastos de inversión, el proyecto de decreto incorpora fundamentalmente recursos del crédito externo legalmente contratados, los cuales deben destinarse en su totalidad a financiar los planes y programas de desarrollo económico y social del Gobierno. Como ya se indicó, los recursos externos programados son el "crédito jumbo" en que actúa como agente principal el Chemical Bank y los bonos de deuda pública externa colombiana agenciados por el Citicorp.

Los programas de inversión más beneficiados con los recursos del crédito externo son el Plan Nacional de normalización, reconciliación y rehabilitación y el programa para la erradicación de la pobreza absoluta, los cuales tienen la máxima prioridad dentro de la política de la actual administración.

5. De la imprescindibilidad de las adiciones al presupuesto de gastos.

Los faltantes de apropiación que se contabilizan en esta vigencia fiscal se verán reducidos parcialmente con el proyecto de decreto que se presenta a dictamen del honorable Consejo de Estado. Es preciso advertir que los créditos adicionales que incorpora el proyecto resultan imprescindibles para la administración pública, ya que, de no hacerse la adición, a partir del mes de junio de 1987 se encontrarán agotadas

en casi todos los sectores las apropiaciones del presupuesto básico para gastos tan indispensables como el pago de sueldos y transferencias de funcionamiento, entre ellas algunas tan importantes como las pensiones.

Por tal razón, en los primeros meses del año el Ministerio de Hacienda y Crédito Público adelantó las gestiones necesarias para conseguir algunos recursos fiscales, que una vez certificados por la Contraloría General de la República se dejan a consideración del honorable Consejo de Estado con el propósito de financiar gastos públicos en el lapso comprendido entre los meses de junio a septiembre del presente año.

Para financiar los faltantes de apropiación de octubre a diciembre de 1987, el Gobierno Nacional se verá obligado a presentar a consideración del Congreso Nacional durante su período próximo de sesiones ordinarias un proyecto de ley de financiamiento al presupuesto nacional.

Como además del proyecto de ley de financiamiento, una vez sea aprobado será necesario presentar otro proyecto que incorpore en el presupuesto los recursos fiscales que se arbitren, es razonable suponer que el tiempo para estas operaciones no será inferior a tres meses, motivo por el cual el Gobierno Nacional reclama con urgencia financiar con el presente proyecto de decreto sus compromisos y obligaciones para este período.

Los créditos adicionales que se someten a consideración de esa honorable Corporación son imprescindibles, toda vez que corresponden a servicios personales y a transferencias de funcionamiento dispuestos para atender los costos de las nóminas de los servidores del Estado en sus tres Ramas del Poder Público durante los meses inmediatos del presente año. El adicional previsto para el servicio de la deuda también resulta imprescindible, ya que es necesario atender estas obligaciones antes del 30 de septiembre de 1987, pues la banca internacional puede suspender los desembolsos de créditos en curso en caso de que el país no se encuentre al día en el cumplimiento de sus obligaciones.

El honorable Consejo de Ministros, en su sesión del 27 de mayo pasado, calificó de imprescindibles estos gastos por corresponder a requerimientos inaplazables dentro del presupuesto de funcionamiento, y porque las partidas de inversión son indispensables para la financiación de los planes y programas que el Gobierno juzga absolutamente necesarios y urgentes para el desarrollo económico y social del país, incluso a riesgo de graves perturbaciones del orden público.

Las partidas para gastos de inversión corresponden a proyectos prioritarios del actual gobierno, como son el Plan Nacional de Rehabilitación, el Plan para la erradicación de la pobreza absoluta y algunos otros en ejecución que adelantan las diferentes entidades como parte importante de sus programas.

Mediante los $ 1.145.2 millones asignados al sector salud, programados bajo los criterios y prioridades establecidos por el Departamento Nacional de Planeación se logrará un avance significativo en

las condiciones de salud en todo el territorio nacional, como son el control de la tuberculosis, la vigilancia epidemiológica, vacunaciones, control zoonosis, atención al medio ambiente, control de enfermedades de transmisión sexual, etc.

El Fondo Nacional Hospitalario dirigirá los $ 1.018.0 millones a reforzar las actividades de ampliación, remodelación y dotación de zonas del Plan Nacional de Rehabilitación, adquisición de dotación básica para el apoyo en la prestación de servicios de salud y mantenimiento y recuperación de instalaciones y equipos hospitalarios. Para el Servicio de la Erradicación de la Malaria —SEM— y el Instituto Nacional de Salud (investigación y laboratorios), los recursos previstos cubren en mínima parte las necesidades de sus programas, especialmente en los de control de paludismo, fiebre amarilla y producción de biológicos. Los recursos para el Instituto de Bienestar Familiar se destinan a cubrir en parte los requerimientos a cargo del presupuesto nacional para el programa de hogares de bienestar infantil, cuyo objeto es el contribuir al mejoramiento del estado nutricional y de salud en los niños de cero a siete años.

En el sector educativo las apropiaciones solicitadas financiarán parcialmente los requerimientos de contrapartida de los créditos externos contratados con la banca multilateral, que son imprescindibles para sus desembolsos, con lo cual se logrará un avance significativo en los programas educativos de apoyo al Plan Nacional de Rehabilitación, tales como la universalización de la educación primaria rural y el plan de textos para el área urbana como acción fundamental del Plan para la erradicación de la pobreza absoluta. Así mismo, se cumplen los compromisos adquiridos por concepto del servicio de la deuda.

En el sector agropecuario, los $ 6.864.3 millones asignados se utilizarán para financiar hasta octubre los proyectos deficitarios en servicios personales y otros gastos operativos; las necesidades de contrapartida por un total de $ 320.0 millones de los cuales $ 300.0 millones corresponden al Instituto Colombiano Agropecuario para el plan nacional de investigación agropecuaria, con lo cual se atenderá parcialmente el programa de desembolsos para 1987; cubrir en parte las obligaciones del servicio de la deuda. Los $ 1.974.3 millones asignados, representan un 45% del total de necesidades adicionales para este rubro.

De otra parte, con las apropiaciones para inversión se pretende atender las necesidades requeridas para los proyectos del Plan Nacional de Rehabilitación, de acuerdo con las prioridades definidas por la Secretaría de Integración Popular, así: $ 2.063.0 millones complementan la financiación del programa de adquisición de 100.000 hectáreas y refuerzan las condiciones de titulación de tierras del Instituto Colombiano Agropecuario, debiendo iniciarse en el presente año el proyecto de colonización dirigido en la zona de la Uribe-Guayabero, que incluye la construcción de caminos vecinales, escuelas, centros de salud y acueductos veredales, además de las actividades agropecuarias. Con el fin de asesorar y cofinanciar los programas de control de cauces entre

el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras y los municipios Plan Nacional de Rehabilitación se incorporaron $ 100 millones. De fundamental importancia para este plan es aumentar el cubrimiento geográfico de las diferentes entidades estatales para lo cual se solicitaron $ 200 millones con el fin de instalar oficinas de la Caja Agraria en zonas incorporadas a él y no atendidas en la actualidad. Finalmente, para ampliar la cobertura de CECORA en 22 regiones del Plan Nacional de Rehabilitación se requiere desarrollar los diagnósticos y la organización de las cooperativas de comercialización en dichas zonas para lo cual se solicitaron $ 180 millones.

Los recursos solicitados para el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías son necesarios para completar la financiación de contrapartidas del convenio Colombo-Holandés en la Corporación de Araracuara e impulsar la capacitación técnica en comercialización en Arauca, Putumayo y Guaviare.

6. De las sentencias a cargo de la Nación.

Dentro del presupuesto básico aprobado para la vigencia fiscal de 1987, se programó una partida en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por valor de $ 647 millones destinada a atender las obligaciones por concepto de sentencias a cargo de la Nación.

De conformidad con el desarrollo de la ejecución presupuestal de este rubro, se ha estimado conveniente fortalecer este renglón del gasto, por lo cual el proyecto de decreto sometido a dictamen incorpora un crédito adicional suplemental por cuantía de $ 200 millones.

El Gobierno Nacional considera que con este crédito y con el saldo de apropiación disponible se seguirán atendiendo normalmente estos compromisos imprescindibles. No obstante, a mediados de septiembre, se volverá a revisar la ejecución presupuestal de esta partida de gasto, de forma que si se hace necesario un nuevo incremento en la apropiación se proceda a hacerlo en las adiciones presupuestales que se presentarán al Congreso Nacional para la terminación del ejercicio fiscal.

7. De los contracréditos y créditos.

Los Ministerios de Gobierno, Justicia, Educación Nacional y la Presidencia de la República se han visto obligados a efectuar unos ajustes en sus presupuestos de gastos de la actual vigencia, para lo cual han propuesto los traslados presupuestales que se incorporan en la parte final del expediente.

El Ministerio de Gobierno solicita unos traslados presupuestales para gastos de funcionamiento, contracreditando rubros que presentan saldos disponibles, con el fin de acreditarlos en conceptos deficitarios del gasto. Los Ministerios de Justicia, Educación Nacional y la Presidencia de la República requieren traslados presupuestales dentro de sus presupuestos de inversión. Sobre estas operaciones rindió concepto favorable el Departamento Nacional de Planeación y en todos los casos se expidió la resolución de contracréditos correspondiente, con la cual la Contraloría General de la República tuvo fundamento para expedir los certificados de disponibilidad necesarios para estas modificaciones del presupuesto nacional.

8. Nota final.

El Gobierno Nacional se permite respetuosamente solicitar la comprensión del honorable Consejo de Estado sobre la necesidad de contar con la aprobación del proyecto de decreto de adiciones al presupuesto que se representa, ya que con él se financiarán compromisos ineludibles correspondientes al período junio-septiembre del presente año, lapso durante el cual Gobierno (sic) deberá obtener la aprobación de un proyecto de ley de financiación final para el presupuesto nacional del año en curso, el cual será presentado al Congreso Nacional una vez se inicien sus sesiones ordinarias el próximo 20 de julio».

III

Consideraciones de la Sala:

De conformidad con los documentos remitidos junto con el Proyecto de Decreto sometido a la consideración del Consejo de Estado, y con los documentos y la información solicitada con posterioridad, puede establecerse que la adición al presupuesto de rentas y recursos de capital, la apertura de créditos adicionales por $ 89.832.224.305.86 y los contracréditos y créditos adicionales por $ 229.900.000 en el presupuesto nacional para la vigencia fiscal de 1987, que pretende hacer el Gobierno Nacional, cumplen con los requisitos que para dichos efectos establecen las normas constitucionales y legales así:

1º *Imprescindibilidad del gasto:*

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en su presentación ante el honorable Congreso de la República del Proyecto de Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de 1987 afirmó:

"El Presupuesto de 1987.

"Al igual que el proyecto de presupuesto de 1986, el de 1987 registra un cuantioso faltante de financiación.

"Así, se tiene que el proyecto de presupuesto que ahora se presenta para la vigencia de 1987, asciende a $ 972.476 millones, monto ligeramente superior al presupuesto final estimado para 1986, excluyendo el déficit fiscal de años anteriores por valor de $ 51.100 millones. Este presupuesto no considera las necesidades de apropiación correspondientes a incrementos salariales, ni apropiaciones necesarias por $ 73.300 millones para inversión. En consecuencia, dentro de las normas constitucionales y legales, el Gobierno presenta al Congreso Nacional un proyecto de presupuesto equilibrado (artículo 211 de la Constitución Política y artículo 4º del Decreto extraordinario 294 de 1973) lo cual determina un monto de faltantes del orden de $ 175.800 millones, cuya distribución se puede observar en el cuadro 14.

"..... .

"La financiación de los faltantes de 1987.

"Tal como ya ha sido mencionado y puede observarse en el cuadro 14, los faltantes de apropiación en el presupuesto de 1987 ascenderían a $ 175.800 millones, incluyendo lo necesario para financiar el incremento en el costo de los servicios personales y las transferencias.

"Como se anotó, sin considerar otras fuentes de financiamiento, la Tesorería General de la República tendría capacidad de atender un nivel mínimo de gastos con una disminución de los depósitos de $ 59.100 millones. Sin embargo, si se quiere mantener el saldo de la Tesorería en el Banco de la República inmodificado para evitar presiones monetarias, es necesario allegar recursos de otra procedencia por el mismo valor.

"Para la financiación de los anteriores faltantes se cuenta ya con algunos recursos autorizados, mas no incorporados al proyecto de presupuesto por restricciones legales, como son los recursos del crédito externo por $ 55.000 millones y una financiación combinada entre Títulos de Ahorro Nacional y Crédito Interno del Banco de la República (emisión).

"La diferencia entre la situación de caja y la presupuestal radica en que si bien las apropiaciones presupuestales reflejan la autorización máxima de gasto, esto no significa que efectivamente se realicen las correspondientes erogaciones durante el transcurso de la vigencia. En este sentido, lo ideal desde el punto de vista de la ejecución normal del gasto público sería que existiese una correspondencia más cercana entre las dos cifras, situación hacia la cual debe tender en el mediano plazo el proceso presupuestal.

"Sobre este tema es oportuno mencionar que la situación enfrentada en los últimos tres años al preparar el presupuesto y buscar la financiación de sus faltantes, ha sido semejante en cuanto a este punto se refiere.

"Lo anterior hace imperioso para el ejecutivo presentar próximamente un proyecto de ley por medio del cual se autoricen los recursos que le permitan al Gobierno contar con una adecuada financiación del presupuesto para 1987. Por consiguiente, el Gobierno, una vez más someterá a consideración de las Cámaras Legislativas la conveniencia de esta medida, con el fin de tramitar las autorizaciones complementarias requeridas.

"Aunque es difícil precisar en este momento el monto exacto de los recursos indispensables, puesto que él depende del comportamiento que durante la próxima vigencia tenga el producto de los tributos, del éxito que se alcance en la colocación de los títulos de deuda pública externa y en la contratación de créditos externos y de los incrementos salariales que finalmente se decreten, entre otros, las proyecciones analizadas permiten suponer que se requerirían, del orden de los $ 120.800 millones.

"La situación descrita pone de presente el complejo y delicado manejo de la política fiscal, motivo por el cual se hace imprescindible que el Ejecutivo junto con el Legislativo entren a estudiar cuidadosamente este problema a fin de introducir las correcciones pertinentes,

pues no es viable ni recomendable continuar causando gasto que no puede ejecutarse en la vigencia correspondiente y sí conlleva un enorme malestar para toda la economía. Esto pone de presente la necesidad de modificar las tendencias del gasto público en 1987, por lo que el nuevo Gobierno presentará a consideración del Congreso un proyecto de ley orgánica que tendrá el alcance de un estatuto del gasto público. Con ello se pretende evitar el continuo deterioro de la situación fiscal y permitir de esta forma que una mayor proporción del ahorro interno se canalice hacia la inversión privada devolviéndole a la economía su capacidad de crecer y generar empleo.

"De igual manera se aspira a ejercer un mayor control sobre el nivel del gasto de funcionamiento y de la inversión de las entidades descentralizadas" (Proyecto de Presupuesto Nacional 1987. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Presupuesto, páginas 14 a 21).

Lo anterior, demuestra que el presupuesto nacional que se está ejecutando fue desde un comienzo, un presupuesto deficitario, en la suma ya calculada, al momento de su presentación para la consideración del Congreso de $ 175.800 millones.

De conformidad con el proyecto de decreto en estudio, la suma total adicionada al presupuesto nacional de la presente vigencia se destinará así: Un 60% para gastos de inversión y un 40% para gastos de funcionamiento.

Las partidas incorporadas como gastos de inversión son indispensables para la financiación de los planes prioritarios que el Gobierno tiene actualmente en ejecución a través de los diferentes organismos públicos que deben realizar acciones dentro del Plan Nacional de Reconciliación, Normalización y Rehabilitación y dentro del Plan de Erradicación de la Pobreza Absoluta.

Por ello, de acuerdo con las prioridades recomendadas por el Departamento Nacional de Planeación se asignan recursos de inversión a los diferentes sectores de la administración, tales como:

Sector Salud: Fondo Nacional Hospitalario, Servicio de Erradicación de la Malaria, Instituto Nacional de Salud, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Sector Agropecuario: Incora, Himat, Cecora, Dri.

Sector Obras Públicas: Fondo Nacional de Caminos Vecinales, Fondo Vial Nacional: Construcción y reconstrucción de carreteras nacionales.

Sector Educativo: ICFES, ICCE, Coldeportes.

Sector de Desarrollo Económico: Instituto de Crédito Territorial, Corporación Financiera Popular.

Sector de Defensa Nacional: Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Aérea Colombiana FAC.

Los anteriores gastos de inversión, citados como ejemplo y los demás que se precisan en el proyecto de Decreto, son imprescindibles

pues se trata simplemente de la acción administrativa propia y ordinaria del Estado, que en este caso se realiza de acuerdo con unas prioridades fijadas por los planes citados y la cual no quedó cubierta financieramente en el presupuesto aprobado para la vigencia fiscal de 1987.

Por otra parte se destinan algunas sumas del crédito adicional, para el servicio de la deuda pública, gastos también imprescindibles en razón de que van a cubrir obligaciones del país exigibles hasta el 30 de septiembre de 1987, so pena de que se suspendan los desembolsos de crédito en curso.

Con relación a recursos adicionales destinados para gastos de funcionamiento, su imprescindibilidad está también definida, pues se trata de recursos que se destinan a pagos de servicios personales, a gastos generales de las diferentes dependencias de las tres Ramas del Poder Público, correspondientes a los meses de junio a septiembre del presente año y servicio de la deuda. Su carencia implicaría la paralización real de la actividad estatal en sus tres Ramas.

Con relación a los servicios de la Rama Jurisdiccional, con los recursos que se adicionan se cubrirán los gastos de los juzgados de instrucción criminal creados por la Ley 2ª de 1984.

Tal como anota el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en su exposición de motivos presentada ante la Corporación, los gastos anotados se refieren al período junio a septiembre del presente año y a pesar de la adición, se requerirá, para cubrir el resto del presente año, un crédito adicional que el Gobierno anuncia tramitará en el Congreso Nacional.

2º *Aprobación del Consejo de Ministros:*

De conformidad con el artículo 99 del Decreto-ley 294 de 1973, para abrir créditos suplementales o extraordinarios, se requiere la aprobación por parte del Consejo de Ministros. A folio 2 del cuaderno número 2 del expediente, obra una comunicación de la señora secretaria del Consejo de Ministros, según la cual, éste, en su sesión del día 27 de mayo del presente año, impartió su aprobación a la adición presupuestal en estudio.

Vale la pena anotar, cómo en dicha comunicación se precisa también que a juicio del Consejo de Ministros, los créditos adicionales que el proyecto incorpora, son imprescindibles para el normal funcionamiento y desarrollo de las actividades públicas. Con la citada aprobación, considera además el Consejo que se dio cumplimiento a la decisión sobre imprescindibilidad del gasto, que según el parágrafo del artículo 106 del Decreto-ley 294 de 1973, corresponde al Presidente de la República.

3º *Adiciones inferiores al 25% del monto total del presupuesto adicionado.*

De conformidad con los certificados de disponibilidad de recursos, expedidos por la Contraloría General de la República, los cuales obran a folios 8 y siguientes del cuaderno 2 del expediente, los créditos

dicionales previstos en el proyecto de decreto en estudio, no sobreasan el 25% del monto total de la ley de apropiaciones aprobada por l Congreso Nacional para 1987.

Cumple así el citado crédito adicional con el requisito previsto n el artículo 100 del Decreto-ley 294 de 1973.

4º *Trámite del Crédito Adicional:*

A folio 256 del cuaderno número 1 del expediente, obra una comuicación del Director General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la cual se lee:

"Cordialmente me permito certificarle que los créditos adicionales ncorporados dentro del proyecto de decreto de adición presupuestal ara la vigencia fiscal de 1987 dejado al dictamen de esa Corporación or el señor Ministro de Hacienda el pasado 4 de junio, han sido rogramados directamente por la Dirección General del Presupuesto el Departamento Nacional de Planeación, en lo que corresponde a as apropiaciones de gastos de funcionamiento y de inversión.

"Tal como se informó al honorable Congreso Nacional en el Menaje Presupuestal del proyecto de ley del presupuesto nacional para 987, en la presente vigencia existen importantes faltantes de aproiación en todos los renglones del gasto de funcionamiento e inversión, notivo por el cual se ha presentando al honorable Consejo de Estado l proyecto de decreto en referencia para atender parcialmente estos altantes, en calidad de créditos adicionales suplementales. La razón le urgencia o conveniencia que hace necesaria la apertura de estos réditos se ha plasmado en la Exposición de Motivos, y se hace especial nfasis en que el Gobierno Nacional en la actualidad no cuenta con las propiaciones necesarias que permitan pagar gastos imprescindibles le la administración pública a partir del mes de julio de 1987. La razón ara que no se haya previsto la atención de estos compromisos se lebe única y exclusivamente a la limitación de ingresos fiscales cuando e programó el presupuesto básico de 1987, el cual fue expedido meliante el Decreto 3719 de diciembre de 1986 con los faltantes de propiación anotados en el Mensaje Presupuestal correspondiente.

"Durante los primeros meses del presente año el Gobierno Nacional logró arbitrar ingresos fiscales originados especialmente en el uperávit fiscal de 1986 y la transferencia de ECOPETROL autorizado or la Ley 75 de 1986 los cuales se incorporan en el proyecto de lecreto presentado al honorable Consejo de Estado.

"El proyecto de Decreto adiciona créditos adicionales extraordiarios originados en contratos de empréstito externo cuyo valor sciende a la suma de $ 12.048.0 millones los cuales se destinan a astos de inversión en programas y proyectos que contractualmente e han estipulado con los prestamistas internacionales, para lo cual se a obtenido el concepto favorable del Departamento Nacional de laneación.

"Como puede apreciar el honorable Consejero, el expediente de dición presupuestal se ha programado por la Dirección General del resupuesto no a solicitud específica de los Jefes de los Organismos

sino en el ejercicio de las facultades legales que autorizan al Ministerio de Hacienda para programar el presupuesto nacional, que por las limitaciones de recursos fiscales no permite la elaboración de una sola ley de apropiaciones sino que reclama programaciones adicionales como el expediente que se ha puesto a consideración".

De conformidad con la nota transcrita, observa la Sala, que el crédito adicional en estudio, por estar destinado a cubrir faltantes de apropiaciones, previstos para el presupuesto nacional de 1987, desde el momento mismo de su presentación a la consideración del Congreso fue impulsado directamente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección Nacional de Presupuesto y el Departamento Nacional de Planeación, contando ya con las peticiones de recursos, que los funcionarios responsables de los diferentes sectores administrativos, habían presentado con sus respectivos proyectos de presupuesto desde el año de 1986 y para la actual vigencia fiscal.

El trámite previsto en el Decreto-ley 294 de 1973, artículos 106 y 107 y en su Decreto reglamentario número 1529 de 1978, se refiere a los créditos adicionales solicitados por un ministerio o un departamento administrativo, lo que no sucede en el caso presente, en el cual su necesidad se detectó desde el momento mismo de la presentación de un proyecto de presupuesto absolutamente deficitario y con base en las solicitudes previas hechas por los distintos sectores administrativos.

Por otra parte, el trámite establecido en el citado artículo 10 del Decreto-ley 294 de 1973, corresponde en un todo al trámite que regula la formación del presupuesto nacional, en el cual cada sector presenta su proyecto y es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la entidad encargada de integrar las diferentes propuestas, como organismo responsable del manejo de los recursos del Estado. En el caso de los créditos adicionales, el Ministerio de Hacienda cumple esa misma función coordinadora y es la entidad encargada de toda su tramitación (arts. 106, parágrafo, 108 y 109 Decreto-ley 294 de 1973 y de someter el crédito a la consideración del señor Presidente de la República.

En el presente caso, así lo hizo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin necesidad de que se hubiera reiterado la solicitud expresa de los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, pues sus iniciativas ya habían sido propuestas con el correspondiente proyecto de presupuesto para 1987 y sus necesidades eran ya conocidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como tuvo oportunidad de exponerlo personalmente el señor Ministro ante la Sala Plena de esta Corporación.

5º *Concepto del Departamento de Planeación Nacional respecto de los gastos de inversión:*

Tal como se ha anotado en puntos anteriores el crédito con el que se pretende adicionar el presupuesto nacional cubre gastos de funcionamiento, pero también hay recursos destinados a cubrir el déficit presupuestal en materia de gastos de inversión, por ello el

necesario que el Departamento Nacional de Planeación se pronuncie al respecto, tal como lo ordena el citado artículo 106 del Decreto-ley 294 de 1973.

A folio 5 del cuaderno número 2 del expediente, obra una comunicación del Jefe de la Unidad de Inversiones Públicas del Departamento Nacional de Planeación al Director General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fechada el 25 de mayo del presente año, según la cual, el citado Departamento conceptúa favorablemente sobre la adición e incorporación del Presupuesto de Gastos de Inversión del Sector Central para la vigencia fiscal de 1987.

También se encuentran otros certificados específicos del Departamento Nacional de Planeación a folios 125, 126, 224, 226, 229, 230, 233, 234, 237, 238, 241, 244, 247, 249, 252, 253, 256, 257.

Por solicitud del Consejo de Estado, la señora Jefe del Departamento Nacional de Planeación, en comunicación del 13 de julio del presente año, amplía su criterio sobre los recursos de inversión con que se pretende adicionar el presupuesto nacional.

Con relación al respaldo legal de los gastos de inversión, la Sala considera que ellos se encuentran debidamente autorizados por diferentes disposiciones legales, relacionadas con los servicios y actividades a cargo de las entidades ejecutoras y desarrolladas por la ley anual aprobatoria del presupuesto que ahora se pretende adicionar.

A juicio de la Sala con las anteriores informaciones y comunicaciones, se encuentra satisfecho el requisito en estudio.

Lo anterior no impide precisar cómo dichos conceptos no son suficientemente ilustrativos con relación a la necesidad y racionalidad de los gastos, su adecuación con las prioridades de inversión y en general con la incidencia que dichas inversiones puedan tener dentro de la economía nacional.

Quizá ello se debe a la ausencia de un verdadero plan de desarrollo económico y social, en los términos previstos por la Constitución Nacional, que constituya una pauta superior y obligatoria en materia presupuestal.

Pero es que justamente, esa ausencia de planes formalmente adoptados, que orienten y dirijan la acción administrativa, es un motivo más de los que originan la necesidad de créditos adicionales, ya que se ejecutan las acciones estatales sin una programación previa y coordinada.

El Consejo de Estado considera que es necesario y urgente expedir y poner en vigencia el plan de desarrollo económico y social y de obras públicas, como prescribe el artículo 80 de la Constitución, que adopte las opciones políticas fundamentales para superar los problemas del país; que el plan, según el artículo 76, ordinal 4º, de la misma Carta, debe reflejarse en el presupuesto de rentas y gastos que es, durante la vigencia fiscal, el instrumento jurídico y político para darle efectividad, y que el mismo debe constituir el fundamento jurídico, general y sistemático, de las inversiones públicas y de los planes seccionales y locales, que también deben cumplirse mediante los correspondientes presupuestos.

La Corporación estima que el plan de desarrollo económico y social y de obras públicas, obligatorio para el sector oficial e indicativo para el privado, además de constituir las prioridades y prospectivas del Estado para un determinado lapso, evita la improvisación y hace posible que las inversiones se realicen conforme a los objetivos establecidos por la ley; que se trata, por lo mismo, de una institución constitucional cuya efectividad ha sido diferida durante diecinueve años y cuya plena vigencia es indispensable para remediar los grandes problemas nacionales.

6º *Certificados de disponibilidad:*

Una vez definida por el Gobierno la necesidad de la apertura del Crédito Adicional se debe obtener la certificación de disponibilidad expedida por la Contraloría General de la República, que ampare su apertura. Así lo ordena el artículo 108 del Decreto-ley 294 de 1973.

En el expediente, cuaderno número 2 obran los siguientes certificados de disponibilidad expedidos por la Contraloría General de la República por los valores que a continuación se precisan:

1	de febrero 26 de 1987 por valor de	$ 5.934.692.095.50
3	de marzo 3 de 1987 por valor de	$ 3.159.212.42
4	de marzo 11 de 1987 por valor de	$ 62.997.800.00
6	de marzo 12 de 1987 por valor de	$ 1.400.148.992.86
7	de marzo 26 de 1987 por valor de	$ 211.100.000.00
10	de abril 1º de 1987 por valor de	$ 959.500.000.00
11	de abril 1º de 1987 por valor de	$ 462.883.709.68
	del cual se utiliza la suma de	$ 330.226.951.98
12	de abril 22 de 1987 por valor de	$ 11.650.000.000.00
13	de abril 22 de 1987 por valor de	$ 1.000.000.000.00
	del cual se utiliza la suma de	$ 600.000.000.00
14	de abril 27 de 1987 por la suma de	$ 1.027.036.083.00
15	de mayo 27 de 1987 por valor de	$ 4.500.000.000.00
	del cual se utiliza la suma de	$ 2.407.067.000.00
16	de mayo 6 de 1987 por valor de	$ 2.099.774.373.34
17	de mayo 18 de 1987 por valor de	$ 150.727.796.76
19	de mayo 18 de 1987 por valor de	$ 23.000.000.00
22	de mayo 27 de 1987 por valor de	$ 2.050.000.000.00
23	de mayo 27 de 1987 por valor de	$ 17.954.794.089.07
	del cual se utiliza el valor de	$ 17.954.794.000.00
24	de mayo 27 de 1987 por valor de	$ 15.356.000.000.00
25	de mayo 27 de 1987 por valor de	$ 27.612.000.000.00

En estos certificados, además se precisa el origen de los recursos disponibles y se precisa en cada caso la suma que falta para llegar al 25% del monto total de la ley de apropiaciones que se pretende adicionar, tal como ya se anotó en el punto número tres anterior.

7º *Origen de los recursos que se adicionan:*

Es obvio que además de la disponibilidad que se exige de acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, para la aprobación se requiere establecer claramente el origen de los recursos adicionales que se pretende incorporar al presupuesto a través de un crédito adicional.

De acuerdo con los certificados de disponibilidad a que se ha hecho referencia los recursos que se incorporan en el proyecto en estudio tienen diferentes orígenes a saber:

1. Recursos tributarios (Ley 75 de 1986).
2. Superávit fiscal.
3. Activos no comprometidos.
4. 8% Regalías de Ecopetrol (arts. 98 y 99 de la Ley 75 de 1986).
5. Recursos de Crédito Externo.

Con relación a los recursos provenientes de crédito externo, según certificado de disponibilidad número 10 que obra a folios 235 y 236 del cuaderno número 2 se utiliza una partida de $ 959.500.000 generados por diferenciales de cambio de los préstamos 440-DC-CO y 724-SF-CO, celebrados entre el Gobierno Nacional con el BID, suma ya consignada por el Banco de la República en la Tesorería General de la República.

Al respecto considera la Sala necesario, hacer las siguientes precisiones: Dichos recursos resultan del mayor valor en moneda colombiana de los préstamos externos los cuales son negociados en dólares; en efecto en el presupuesto ordinario aprobado por el Congreso, se incluyen los recursos de crédito externo, con base en recursos financieros que se espera sean reconocidos por concepto de empréstitos debidamente contratados y para ello se tiene en cuenta el valor del préstamo en moneda extranjera, multiplicado por una tasa de cambio que se estima con base en las políticas cambiarias, la cual resulta solamente como un precio probable estimado, que en el momento en que efectivamente ingresen los recursos del crédito externo a la Tesorería General de la República, deberá precisarse y el mayor valor que resulte, constituirá recursos adicionales que se deberán incorporar al presupuesto aprobado.

En los recursos de crédito externo, los desembolsos no se hacen en una sola oportunidad, sino que por el contrario, estos se realizan en distintas fechas durante la vigencia y según lo pactado en el contrato de empréstito; por ello, es necesario "monetizar" dichos recursos de acuerdo con la tasa de cambio correspondiente, la cual varía según la oportunidad y con ello también, el monto de los recursos en moneda colombiana.

La diferencia entre lo presupuestado y el valor efectivo que resulte es sin duda un recurso real, que debe incorporarse al presupuesto

nacional y el cual no puede confundirse con las utilidades, que en un momento determinado puedan resultar de la negociación de divisas o del reavalúo contable de las reservas externas, figuras estas últimas que no constituyen ingresos que puedan ser utilizados para un crédito adicional del presupuesto, sometidas a un trámite diferente a través de la Cuenta Especial de Cambios.

Es del caso anotar que con relación a los recursos que por este concepto se incluyen en el proyecto de decreto, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en comunicación del 13 de julio de 1987, planteó su retiro, condicionado al criterio del Consejo de Estado expuesto en el expediente C-20 (concepto del 27 de junio de 1986), sobre la inclusión en el presupuesto ordinario cubriendo créditos adicionales, de recursos provenientes de diferencial cambiario.

A juicio de la Sala no es procedente atender dicha petición, por cuanto en el presente caso, los recursos mencionados pueden ser utilizados para respaldar los créditos adicionales de acuerdo con lo ya expuesto, toda vez que los presupuestos de hecho son diferentes a los presentados en el caso citado.

Por otra parte, se observa que en la petición hecha por el señor Ministro, no intervinieron los demás funcionarios competentes para el efecto.

8º *El Congreso se encuentra en receso. Partidas no negadas en el Congreso Nacional.*

Según lo dispuesto en el artículo 212 de la Constitución Nacional para que el Gobierno Nacional pueda abrir un crédito adicional al presupuesto a través del trámite y con el cumplimiento de los requisitos a que se ha hecho referencia, el Congreso no debe estar sesionando y las partidas que en él se incluyan no pueden haber sido rechazadas por el Parlamento.

Según constancia del señor Secretario General de la Cámara de Representantes (fl. 4 cuaderno 2), el Congreso se encuentra en receso según lo establecido por el artículo 68 de la Constitución Nacional y "las Comisiones Conjuntas de Presupuesto de Senado y Cámara y el Congreso Nacional, en sus sesiones ordinarias de discusión y aprobación del Presupuesto Nacional de la vigencia fiscal de 1987, en ningún momento negaron el proyecto de Créditos Adicionales por la suma de $ 89.832.2 millones, contracréditos créditos adicionales por valor de $ 229.9 millones moneda corriente".

9º *Créditos Adicionales por valor de $ 89.832.224.305.86.*

La suma citada como total de créditos adicionales se incorpora así:

Numeral 78A. Certificado de disponibilidad número 13 de abril 22 de 1978, folio 8 cuaderno número 2 por valor de $ 1.000.000.000 del cual se utiliza la suma de $ 600.000.000 y 22 de mayo 27 de 1987 por valor de $ 2.050.000.000	$ 2.650.000.000.00
Numeral 78C. Certificado de disponibilidad número 15, folio 10 cuaderno número 2 por va-	

lor de $ 4.500.000.000 del cual se utiliza la suma de	$ 2.407.067.000.00
Numeral 78D. Certificado de disponibilidad número 23, folio 14 cuaderno número 2 por valor de $ 17.954.089.01 del cual se utiliza la suma de	$ 17.954.794.000.00
Numeral 78E. Certificado de disponibilidad número 24, folio 16 cuaderno número 2 de mayo 27 de 1987 por valor de	$ 15.356.000.000.00
Numeral 132C. Certificado de disponibilidad número 12 de abril 22 de 1987, folio 18 cuaderno 2 por valor de	$ 11.650.000.000.00
Numeral 132D. Certificado de disponibilidad número 25 de mayo 27 de 1987, folio 120 cuaderno 2 por valor de	$ 27.612.000.000.00
SUMAN LOS RECURSOS	$ 77.629.861.000.00

Numeral 78A. Certificados de disponibilidad números 3 de marzo 3 de 1987 por valor de $ 3.159.212.42 y 17 de mayo 18 de 1987, folios 258-259-260-261 cuaderno número 2 por valor de $ 150.727.796.76	$ 153.887.009.18
Numeral 78B. Certificado de disponibilidad número 4 de marzo 11 de 1987, folio 254 cuaderno 2 por valor de	$ 62.997.800.00
Numeral 113A. Certificado de disponibilidad número 19 de mayo 18 de 1987, folio 250 cuaderno 2 por valor de	$ 23.000.000.00
Numeral 113B. Certificado de disponibilidad número 14 de abril 27 de 1987, folio 245 cuaderno 2 por valor de $ 1.027.036.083 del cual se utiliza la suma de	$ 682.206.116.00
Numeral 113C. Certificado de disponibilidad número 14 de abril 27 de 1987, folio 245 cuaderno 2 por valor de $ 1.027.036.083 del cual se utiliza la suma de	$ 344.829.967 00
Numeral 113D. Certificado de disponibilidad número 11 de abril 1º de 1987 por valor de $ 462.883.709.68 del cual se utiliza la suma de	$ 134.061.206.72
Numeral 113E. Certificado de disponibilidad número 11 de abril 1º de 1987 por valor de $ 462.883.709.68, folio 230 cuaderno 2 del cual se utiliza el valor de	$ 196.165.745.26

Numeral 122A. Certificado de disponibilidad número 10 del 1º de abril de 1987, folio 235 cuaderno 2 por valor de $ 959.500.000 del cual se utiliza la suma de	$ 412.519.000.00
Numeral 122B. Certificado de disponibilidad número 10 de abril 1º de 1987, folio 235 cuaderno 2 por valor de $ 959.500.000 del cual se utiliza la suma de	$ 546.981.000.00
Numeral 125A. Certificado de disponibilidad número 7 de marzo 26 de 1987, folio 231 cuaderno 2 por valor de	$ 211.100.000.00
Numeral 125C. Certificado de disponibilidad número 16 de mayo 16 de 1987, folio 227 cuaderno 2 por valor de	$ 2.099.774.373.34
Numeral 132A. Certificado de disponibilidad número 6 de marzo 12 de 1987, folio 222 cuaderno 2 por valor de	$ 1.400.148.992.86
Numeral 132B. Certificado de disponibilidad número 1 de febrero 26 de 1987, folio 123 cuaderno 2 por valor de	$ 5.934.692.095.50
SUMAN LOS RECURSOS	$ 12.202.363.305.86
TOTAL:	$ 89.832.224.305.86

Hasta aquí lo relacionado con los créditos adicionales respecto de los cuales se cumplen todos los requisitos exigidos por la Constitución y la ley, de acuerdo con lo expuesto.

10. *Créditos y contracréditos por un valor de $ 229.900.000.00.*

El proyecto de decreto, además de los créditos a que se ha hecho referencia, contiene contracréditos y créditos por la suma de $ 229.900.000.

Estos contracréditos provienen de los presupuestos correspondientes a los Ministerios de Gobierno, Justicia y Educación y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y al respecto, obran en el expediente los siguientes documentos:

1º Certificaciones de la Contraloría General de la Nación, expedidas a través de los correspondientes auditores, según las cuales la correspondiente apropiación no está afectada, ni constan obligaciones a ella imputadas (fls. 262, 266, 273 y 281. Cuaderno número 2).

2º Conceptos favorables del Departamento de Planeación Nacional (fls. 271, 272, 278, 280, 285 a 287. Cuaderno número 2).

3º Declaración de los correspondientes Ministros declarando sobrantes las correspondientes partidas en el presupuesto respectivo (fls. 264, 268, 275 y 283. Cuaderno número 2).

Además del cumplimiento de los anteriores requisitos, exigidos por el artículo 113 del Decreto-ley 294 de 1973, observa la Sala que los créditos y contracréditos propuestos no están en ninguna de las situaciones reguladas por el artículo 116 del mismo estatuto y en estas condiciones se ajustan a la ley.

De conformidad con los elementos de juicio hasta aquí expuestos, tanto los créditos adicionales por $ 89.832.224.305.05 como los créditos y contracréditos por $ 229.900.000.00 contenidos en el proyecto de decreto presentado a consideración de esta Corporación, se ajustan a las exigencias prescritas por la Constitución Nacional, la norma orgánica del presupuesto nacional contenida en el Decreto-ley 294 de 1973 y en sus normas reglamentarias y por consiguiente, la Sala Plena del Consejo de Estado, conceptúa favorablemente sobre el proyecto de Decreto por el cual se abren créditos adicionales por la suma de $ 89.832.224.305.06 y se hacen créditos y contracréditos por la suma de $ 229.900.000 en el presupuesto nacional de la vigencia de 1987.

Cópiese y comuníquese.

La presente decisión fue aprobada por la Sala Plena en la sesión de la fecha.

Gaspar Caballero Sierra, Presidente; *Joaquín Vanín Tello, Jaime Abella Zárate, Aydée Anzola Linares, Hernán Guillermo Aldana Duque, Reynaldo Arciniegas Baedecker*, Ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo*, Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Betancur Cuartas, Samuel Buitrago Hurtado*, Con salvamento de voto; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Javier Henao Hidrón, Carmelo Martínez Conn*, Con salvamento de voto; *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo, Simón Rodríguez Rodríguez*, Con salvamento de voto; *Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta*, Con salvamento de voto; *Jorge Valencia Arango*, Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CREDITOS PRESUPUESTALES ADICIONALES.

(Salvamento de voto).

1. Desbalance presupuestal derivado del menor valor de los ingresos netos en relación con el monto de los gastos autorizados.

2. El Consejo de Estado no debe impartirle su aprobación a ningún crédito adicional, que contemple gastos de inversión, sin que estos tengan respaldo en una ley.

3. Requisitos de solicitud de apertura de créditos adicionales.

4. Imprescindibilidad del gasto.

Consejo de Estado.— Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta.

Referencia: Consulta del Gobierno Nacional. Expediente número C-051. Crédito adicional.

Con toda consideración me separo del concepto mayoritario de la Sala Plena, emitido con ocasión de la presentación que el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público hizo del proyecto de Decreto por el cual se adiciona el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y se abren unos créditos adicionales al presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1987, por un valor de $ 89.832.224.305.06.

Mi disentimiento encuentra apoyo en las siguientes razones y consideraciones:

Primera. Según el Informe del Contralor General de la República sobre la ejecución fiscal en 1986, el presupuesto público no fue el año pasado factor de expansión sino de contracción monetaria en la suma de $ 116.748 millones, realidad bien distinta de la que prevaleció en vigencias anteriores. Se le utilizó, igualmente, para contrarrestar las corrientes inflacionarias que tuvieron su origen en la bonanza cafetera, y ello se tradujo en un sacrificio de la inversión y de los gastos sociales.

Fruto de los esfuerzos que hizo la administración pasada para enjugar el déficit fiscal, a lo cual contribuyó el Consejo de Estado, a emitir concepto desfavorable para varios créditos adicionales, fue el superávit fiscal determinado dentro de las cuentas del presupuesto y del Tesoro para la vigencia fiscal de 1986, cuyo monto certificó la Contraloría en $ 17.974.8 millones. Esta situación ha llevado a comentaristas autorizados como el doctor Abdón Espinosa Valderrama a

predicar que las cifras son "...reveladoras de una situación de holgura que tranquilizan por sus efectos sobre la estabilidad monetaria, efectos francamente positivos, como por el saneamiento de crónicos desequilibrios. Tanto más cuanto que en 1987 se acentúa el aumento del producto de las rentas y permite volver a índices más satisfactorios de inversión y gasto social, sin franquear las puertas a las presiones inflacionarias". El ilustre hombre público concluye luego "...Para 1987, a juzgar por los estimulantes datos que el Presidente Barco suministrara ante la Academia de Ciencias Económicas y la Sociedad Colombiana de Economistas, el panorama se encuentra felizmente despejado. *En esta forma habríamos superado la etapa de los déficit abrumadores, aun cuando no se repitan, como no habrán de repetirse, las circunstancias excepcionales de la bonanza cafetera*" (Escrito, El Tiempo. Julio 11 de 1987). (Subrayas de quien suscribe).

La realidad anterior demanda, como es apenas obvio, que los buenos resultados logrados, a un alto costo, no se malogren por volver a incurrir, los responsables del manejo del presupuesto y de la orientación del gasto público, en los mismos errores del pasado. Por ello destaqué, en mis intervenciones ante la Sala Plena, los buenos deseos del acutal gobierno en la materia, cuando al hacer la presentación ante el Congreso del presupuesto para la actual vigencia, dijo:

> "...En las próximas semanas el Ministerio de Hacienda junto con el Departamento Nacional de Planeación coordinará con los demás Ministerios, para que en el interior de cada dependencia y de acuerdo con sus programas, se efectúen modificaciones adicionales que reflejen las prioridades sociales del gobierno y su empeño de aliviar las duras condiciones de quienes sobreviven en la pobreza absoluta. Dichas políticas —se agrega— *deberán ejecutarse dentro de las restricciones que implica la escasez de recursos, con el MISMO MONTO TOTAL DEL GASTO QUE LES HABIA ASIGNADO EN EL PROYECTO DE LA LEY ANTERIOR...*" Luego se precisa en el mismo documento:

> "...se hace imprescindible que el Ejecutivo junto con el Legislativo entren a estudiar cuidadosamente este problema a fin de introducir las correcciones pertinentes, pues *NO ES VIABLE NI RECOMENDABLE CONTINUAR CAUSANDO GASTO QUE NO PUEDE EJECUTARSE EN LA VIGENCIA CORRESPONDIENTE Y SI CONLLEVA UN ENORME MALESTAR PARA LA ECONOMIA*. Esto pone de presente —se agrega— LA NECESIDAD DE MODIFICAR LAS TENDENCIAS DEL GASTO PUBLICO EN 1987, por lo que el nuevo gobierno presentará a consideración del Congreso Nacional un proyecto de ley orgánica que tendrá el carácter de un estatuto del gasto público. *Con ello se pretende evitar el continuo deterioro de la situación fiscal y permitir de esta forma que una mayor proporción del ahorro interno se canalice hacia la inversión privada devolviéndole a la economía su capacidad de crecer y generar empleo*".

Los buenos deseos, recogidos en la abundante literatura oficial sobre la materia, parece que naufragaban ya en abril del presente año,

pues en el Informe Financiero rendido por el Contralor General al señor Presidente de la República, correspondiente a ese mes, se lee:

"Tal como se muestra en el cuadro 2, la Nación *mantiene un desbalance presupuestal al término de los primeros cuatro meses*, en cuantía de $ 108.203 millones. Este faltante se deriva de un menor valor de los ingresos netos, $ 229.226 millones, en relación con el monto de los gastos autorizados, $ 337.429 millones.

"Como se desprende de las cifras, los ingresos netos de los primeros cuatro meses escasamente alcanzan a financiar el 67.9% de los egresos, y por ello, se llega a un faltante presupuestal que equivale a los gastos desfinanciados, 32.1% restante. Considerando la composición de los gastos puede decirse que los ingresos netos apenas alcanzan a cubrir los acuerdos de funcionamiento y de inversión y que prácticamente todo el servicio de la deuda constituye un déficit para el presupuesto nacional.

"El cuadro 3 ayuda a visualizar con mayor claridad los factores que explican el incremento del déficit presupuestal. Allí aparecen cada uno de los elementos del ingreso y del gasto y su efecto sobre la variación del déficit. *Se observa que mientras el aumento en los ingresos contribuye en $ 78.640 millones a una disminución del déficit, los crecientes gastos autorizados exigen $ 124.987 millones de recursos adicionales, haciendo que de un año a otro la situación deficitaria se acentúe.* Nótese también que los mayores gastos para el servicio de la deuda y las transferencias son los que más siguen pesando en el comportamiento de las finanzas públicas.

"En el cuadro 4 se mide la relación entre la ejecución pasiva y la ejecución activa del presupuesto, la cual se incrementa de 1.37 en el período enero-abril de 1986 a 1.47 en 1987 (o sea que por cada $ 100 se están autorizando gastos por $ 147). Aunque es de destacar que esta relación es estacionalmente muy alta en el mes de febrero, debido al pago que se hace en este mes del reajuste salarial retroactivo a comienzos del año, de todas formas la relación citada ha estado sistemáticamente por encima de la del año anterior.

"*En cuanto al déficit fiscal, éste se ubica en $ 87.680 millones, es decir por debajo del presupuestal, por efecto de la situación superavitaria de la anterior vigencia.* El paulatino saneamiento de la situación fiscal que se inició con el proceso de ajuste de 1985 ha hecho que actualmente se mantenga una situación fiscal más o menos manejable y en niveles relativamente inferiores a la de los dos últimos años" (Obra citada, págs. 17, 18 y 19) (Subraya quien suscribe).

Ahora bien: Si en los primeros cuatro meses del presente año se verifica la realidad que se recoge en los párrafos transcritos, la primera inquietud, para quien es lego en la materia, es la de interrogarse respecto de si es bueno autorizar gastos de inversión por cincuenta y cuatro mil quinientos veintitrés millones de pesos ($ 54.523.000.000.00). La conclusión a que llegué, con los escasos elementos de juicio que proporciona el expediente y con la lectura de los Informes de la Contraloría General de la República, es la de que no. Si en los cuatro

primeros meses del presente año la Nación ya registra un desbalance presupuestal derivado del menor valor de los ingresos netos en relación con el monto de los gastos autorizados, y si los primeros sólo alcanzan a financiar el 67.9% de los egresos, si de contera todo ello lleva a que el servicio de la deuda se torne en déficit fiscal, y si éste montaba en abril de $ 87.680 millones, será sensato autorizar más gastos? Definitivamente creo que no, y ello explica en buena parte mi voto favorable a la ponencia desfavorable que preparó el doctor Simón Rodríguez.

Segunda. Mi preocupación sube de tono cuando verifiqué que en la exposición de motivos que el señor Ministro de Hacienda hace a la apertura del crédito adicional, se afirma que:

> "Los programas de inversión más beneficiados con los recursos del crédito externo son el Plan Nacional de Normalización, Reconciliación y Rehabilitación y el Programa para la Erradicación de la Pobreza Absoluta, los cuales tienen la máxima prioridad dentro de la política de la actual administración..."

Esta filosofía política lleva luego al alto funcionario a destacar que "...las partidas de inversión son indispensables para la financiación de los planes y programas que el Gobierno juzga absolutamente necesarios y urgentes para el desarrollo económico y social, incluso a riesgo de graves perturbaciones del orden público.

"Las partidas para gastos de inversión —se agrega— corresponden a proyectos prioritarios del actual gobierno, como son el Plan Nacional de Rehabilitación, el Plan para la erradicación de la pobreza absoluta y algunos otros en ejecución que adelantan las diferentes entidades como parte integrante de sus programas..."

Dentro del expediente no obra pieza alguna que permita conocer el alcance de tales planes y programas, pero la simple lectura de los artículos especializados de prensa permiten al más humilde de los colombianos saber que el diseño de ellos falta. Por el escrito que bajo el rubro "BALANCE DE BARCO", publicó JORGE CHILD en El Espectador del domingo pasado, doce de los corrientes, tuve tal comprensión. En lo pertinente del mismo se lee:

> "Es evidente que todavía falta, a nivel del Gobierno Nacional, el diseño de un plan económico y social que coordine todos los factores estratégicos del desarrollo de una economía social. El Presidente insistió en que no se trata de hacer gastos transitorios sino de inversiones recuperables con la formación del capital humano, y en proyectos autosostenidos. Pero el plan económico y social que exponga la factibilidad de proyectos autosostenidos y autofinanciados, y que los identifique y localice, no aparece definido en el discurso del Presidente Barco, ni en el discurso del Departamento de Planeación, ni en el discurso de ningún despacho presidencial. Es un plan, como el personaje de Pirandello, en busca de autor.
>
> "El compromiso entre la economía social, cuya estructura apenas la prepara para una reproducción estacionaria de capital y no para una expansión del desarrollo, que sólo se logra hoy con

la economía moderna de alta tecnología en la producción masiva y exportable, no ha sido definido por el Departamento Nacional de Planeación. Mientras las fuerzas económicas y sociales del país no reciban una orientación sobre el compromiso entre la acumulación estacionaria de capital de la economía social, o su déficit con cargo a la reproducción dinámica y expansiva de capital de la economía moderna, los problemas de la distribución del gasto público, del estímulo a las inversiones, de los espacios reservados al capital extranjero, de más y mejores empleos, en una palabra de la asignación racional de los recursos entre los dos espacios de la economía social básica y de la economía industrial altamente tecnificada, continuarán siendo problemas no resueltos".

La preocupación deja paso a la angustia cuando el mismo comentarista, bajo el rubro "DINERO AL BASURERO", destaca:

"Buena parte de la inversión pública para 1987-1990 por $ 3.5 billones que aprobó el Conpes, en un 52% será financiada con recursos de crédito externo; y en 60% será ejecutada por las ruedas sueltas de los institutos descentralizados y por los municipios sin planes, y un 40% se irá en los auxilios de obras públicas de los programas —de la pobreza absoluta— que son inversiones diseminadas en infraestructuras provisionales, transitorias y no reproductivas, ordenadas por los paros cívicos y la demanda armada.

"La inversión pública aprobada por el Conpes no es un plan económico. Es un gasto público financiado con endeudamiento externo adicional y emisión fiscal, montado sobre la tugurización urbana, la marginalización de caseríos quedados y la colonización improvisada. Un plan de inversión no se debe montar sobre la marginación, y la economía informal, sino todo lo contrario: Debe derrotar estas tendencias espontáneas abriendo nuevos espacios urbanos, industriales y agrarios, controlados por el Estado.

"El diseño de estos nuevos espacios económicos y de sus nuevas relaciones económicas y sociales es lo que se llama un plan económico y social. Lo otro, lo que ha presentado el Conpes, no es sino un reguero de gastos públicos botados sobre un país informal, tugurizado, improvisado y marginado, o sea plata tirada a la basura".

Indagando sobre la objetividad de tales planteamientos encontré en la Revista Economía de la Contraloría General de la República, un interesante artículo del doctor Alejo Vargas V., intitulado "LA LUCHA CONTRA LA POBREZA ABSOLUTA. DEL DICHO AL HECHO". En lo pertinente del mismo se destaca:

"El Plan Nacional de Rehabilitación, Normalización y Reconciliación como bien lo ha reiterado Carlos Ossa y sus asesores en diferentes foros 'no es una respuesta a la violencia sino a la pobreza', 'no tiene nada que ver con el problema de subversión' Leámoslo entonces en esa dimensión. Tiene básicamente tres componentes así:

"1. Apunta a romper el aislamiento de regiones e individuos a partir de un plan de vías, que permita a las regiones integrarse a la economía nacional.

"2. Fortalecer la producción agropecuaria y la comercialización, mediante titulación de tierras, la organización de distritos de colonización integrada, centros de acopio y distritos de riego.

"3. Fortalecer la presencia institucional del Estado sobre todo en los niveles regional y local (programa de ciudades alternas que busca fortalecer un conjunto de poblaciones reorientando servicios sociales y servicios a la producción).

"No tiene interés entrar en el juego de las cifras de inversión puesto que podemos considerar cualquier cifra como insuficiente para el tamaño de las necesidades. Por el contrario intentemos leer la coherencia del mismo en relación con el objetivo de combatir la pobreza absoluta. En primer lugar podemos decir que el PNR es básicamente un plan de inversión en infraestructura física y social que va a posibilitar la articulación de las regiones de frontera agrícola al proceso global de acumulación de capital y aumentar las posibilidades de control por parte del Estado sobre ese conjunto de población. Aproximadamente el 38% de los recursos van hacia la construcción de vías, sin contar la parte de Caminos Vecinales que se incluye como parte del componente de apoyo a la producción y comercialización lo cual nos dará una cifra cercana a la mitad de los recursos del Plan Nacional de Rehabilitación.

"Básicamente el PNR va a posibilitar la integración y en esa medida lo debemos considerar un plan de tipo integracionista así en el discurso se parta de reconocer las especificidades regionales. En otros términos busca ampliar el ámbito de la circulación de capital incorporando plenamente a la economía de mercado (de tierra, de productos, de capital, de fuerza de trabajo) las regiones de apertura de frontera agrícola *y va muy seguramente a posibilitar no una eliminación de la pobreza absoluta sino un desplazamiento de ésta hacia otras regiones.* Como acción marginal se tratará de apoyar en su proceso de consolidación a unos núcleos de productores de economía campesina recreada buscando que los mismos se transformen en funcionales para el modelo de desarrollo dominante, es decir produzcan bienes-salarios y sean una fuente de fuerza de trabajo para los procesos de penetración del capital en el agro.

"*Por la vía del Plan Nacional de Rehabilitación ni se va a eliminar la pobreza absoluta, ni se va a reconciliar el Estado con las comunidades y por lo tanto no se va a producir tampoco la reconciliación con los alzados en armas.* Pero sí se va a lograr que los procesos de despojo del campesino-colono se acentúen y que en esa medida se produzca un desplazamiento de la pobreza absoluta a otras regiones".

Quien discrepa de la opinión mayoritaria de los honorables miembros que integran el Consejo de Estado estima que la Corporación debe abrirle paso a la filosofía que se recoge en los salvamentos de

voto que el año pasado hicieron los Consejeros doctores Humberto Mora Osejo y Gaspar Caballero Sierra, de cuya lectura se desprende que es necesario que el Departamento de Planeación motive sus dictámenes para precisar si la inversión que se proyecta por el Gobierno "...corresponde o no al plan de desarrollo económico y social de carácter nacional..." (doctor Mora Osejo).

Más enfático aún el Presidente actual de la Corporación, cuando dentro del expediente número 16 y con fecha ocho de mayo de mil novecientos ochenta y seis dijo:

"En efecto, aparece en el informativo el concepto del Departamento de Planeación Nacional, por el cual da asentimiento sobre la adición al presupuesto de ingresos del Gobierno central y al presupuesto de gastos de inversión del Ministerio de Defensa Nacional, para la presente vigencia fiscal. Entiendo que ese concepto favorable se requiere según los términos de los artículos 106 y 107 del Decreto 294 de 1973. Lo que no entiendo, y fue lo que dio lugar a que no quedase plenamente convencido de lo resuelto, es por qué ese concepto no reúne un requisito fundamental, exigido perentoriamente por el artículo 2º del Decreto 1529 de 1978. La norma en cuestión señala que si el crédito corresponde al presupuesto de inversión 'se acompañará al concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación la *declaración de éste de que corresponde al Plan de Desarrollo Económico y Social del Gobierno Nacional*'. En el concepto que nos ocupa, ese Departamento Administrativo omitió la declaración en referencia.

"No entiendo la razón de ser de esa omisión. Me imagino que por lo que en Colombia no haya sido posible aún la aprobación legislativa de un Plan de Desarrollo, y por lo que ni siquiera la Comisión Parlamentaria respectiva haya podido ser integrada, tal vez el funcionario público en su magín encontró allí la desuetud de la norma legal.

"Empero, yo no entiendo así las cosas. La exigencia normativa de que la inversión ha de estar contenida en el Plan de Desarrollo Económico y Social del Gobierno Nacional, no ha sido derogada, está vigente, y obliga a su cumplimiento. Se trata de una preceptiva de vital importancia, para evitar el caos presupuestario. Es que planificar, significa administrar con eficacia, y por ello los cánones constitucionales y legales sobre la materia, atinan a esa finalidad.

"Precisamente, el grave deterioro en el rodaje público del país, obedece al paulatino incumplimiento de los preceptos que le ponen orden al itinerario de la cosa pública, de los funcionarios públicos y de los mismos administrados. Es lo que ha venido de llamarse el fenómeno de 'desinstitucionalización', que se acrecienta, si los órganos supremos llamados a la salvaguarda de la legitimidad, no encaran con la suficiente valentía el peligro a que lleva, ahí sí, el cada día más inclinado plano de la llamada convivencia nacional. La ley es norma de conducta para la convivencia social, y la que busca el justo equilibrio en el conglomerado social.

"Esas normas legales en Colombia son buenas; lo único que falta es un estricto cumplimiento".

Estimo, hasta cuando buenas razones me hagan cambiar de sendero, que el Consejo de Estado no debe impartirle su aprobación a ningún crédito adicional, que contemple gastos de inversión, sin que estos tengan respaldo en una ley. Las normas constitucionales y legales son para cumplirlas mediante una razonable interpretación y no para que se dejen escritas, testimoniando simplemente la voluntad de los hombres de dejarlas sin aliento y sin operancia, a la vera del camino. El numeral 4 del artículo 76 de la Constitución Nacional le encarga al Congreso la tarea de determinar los planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional, y los de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos. Si el mecanismo no ha podido funcionar, por falta de consenso político para la elección de la Comisión del Plan, prevista en el artículo 80 de la Carta, la culpa no es del Consejo de Estado, entidad integrada por hombres formados en la ciencia del derecho y ajenos a las filosofías complicadas de la política. Colocado en el nivel de simple ciudadano, no puedo entender, y así lo dije en la Sala Plena, la causa, motivo o razón para que los Planes bandera del Gobierno no hubiesen sido objeto de aprobación del Congreso, en los rubros que demandan cuantiosas inversiones para lograr la rehabilitación y la erradicación de la pobreza absoluta. No tiene sentido ni presentación que el Ejecutivo resulte, a la postre, manejando aspectos de tanto contenido político, con la colaboración, inocente dentro de ese campo, del Consejo de Estado. Esto puede convertirse a la postre en fuente o semillero de malos entendidos con los distintos sectores de opinión política que no comparten las orientaciones del Gobierno, y que quisieran tener la oportunidad de discutir todo lo relacionado con el gasto público en el foro adecuado, que no es otro que el Congreso. Por los secretos caminos de que hablara Tertuliano es posible saber que, transitando por ese sendero, se corren riesgos de adquirir compromisos regionales, políticos, etc. Pero los hombres que dirigen el Estado deben concientizarse en el sentido de que deben asumir sus responsabilidades, sin exigir contraprestaciones injustificadas, pues la defensa suprema de los intereses de la Patria exige de todos una conducta pura en la voluntad y en la acción.

En el Informe Final de la Comisión del Gasto Público que publicó la Contraloría General de la República, y bajo el rubro "racionalización del gasto público", se hacen juiciosas observaciones sobre la filosofía que informa el artículo 208 de la Constitución Nacional, y los artículos 2º y 44 del Decreto 294 de 1973 para concluir que: "Si se desea la racionalización del gasto público, es inevitable impulsar la incorporación de los planes y programas a la preparación y ejecución del presupuesto nacional. Este impulso debe partir del supuesto según el cual el montaje de un sistema de presupuesto por programas toma tiempo y, una vez montado, debe perfeccionarse y afinarse permanentemente..." Ello llevó a sus autores a predicar que:

"Es claro entonces que una pauta fundamental para la elaboración del presupuesto nacional debe ser el conjunto de planes

y programas. Se dice que 'debe ser' puesto que en la actualidad el contenido de gasto público de los planes y programas no está señalado con precisión, probablemente porque resulta muy difícil, si no imposible, anticipar las partidas necesarias para ejecutar un programa. Parte del problema se origina en la ausencia de los aspectos más básicos de la presupuestación por programas (PPP). Si bien es un hecho conocido que el PPP, en su concepto original, no ha sido implantado con éxito en ninguna parte del mundo, si se admite que existen elementos de dicho sistema que mejoran notablemente la calidad del proceso presupuestal. El aspecto más básico que se requiere para avanzar en contenido programático es la medición de los bienes y servicios que presta el sector público. *No basta señalar que un programa habrá de invertir tantos millones de pesos en erradicación de la malaria, se requiere además señalar las metas físicas que se buscan, y medir los logros alcanzados.* Es esto lo menos que se puede pedir de un 'programa', para que tenga algún sentido hablar luego de evaluación y eficiencia.

"La fragmentación existente en la definición de cuotas riñe con una programación eficiente del presupuesto nacional. Este sistema determina el presupuesto de inversión en forma residual, al tiempo que la distribución de dicho presupuesto no consulta adecuadamente las implicaciones de gasto futuro en funcionamiento. Por definición, la programación debe comenzar determinando cuáles son los programas. Luego corresponde señalar sus metas cuantitativas o cualitativas. El presupuesto es la descripción de un segmento breve de estos programas. Algunos están apenas comenzando; ampliando, manteniendo o disminuyendo su cubrimiento, la mayoría están en la fase de ejecución; y unos pocos se encuentran en sus últimas etapas. La preparación y presentación del presupuesto debe entonces enfocarse sobre programas. Para dar un ejemplo, la educación primaria es un programa permanente, cuyas metas pueden definirse y medirse, sin mayores complicaciones conceptuales. El presupuesto de educación primaria no ha logrado la debida articulación entre la construcción de escuelas, la provisión de suministros y la financiación de los maestros. En buena medida ello obedece a la ubicación independiente del presupuesto del ICCE en el Departamento Nacional de Planeación (inversión) y del presupuesto de los fondos educativos regionales en el Ministerio de Hacienda (funcionamiento). La inevitable falta de coordinación entre las dos entidades impide que el problema se formule en téminos de un programa, donde la construcción de escuelas no puede desvincularse de los pagos de maestros y suministros.

"En resumen, la Comisión destaca la necesidad de avanzar significativamente en la preparación programática del presupuesto, sobre la base de metas de resultados. Por esta razón, uno de los términos de referencia fundamentales del estudio que se prepara sobre la agilización y racionalización del presupuesto nacional es precisamente el análisis de la viabilidad y el alcance que puede tener el sistema de presupuesto por programas. Los primeros indicios sobre este análisis apuntan hacia una implementación

de sistemas de información que permitan la definición de metas para la preparación del presupuesto y la evaluación de resultados sobre la base de interventorías de gestión ocasionales. Sin embargo, las conclusiones definitivas del estudio sobre este tema todavía deben esperar algunos meses".

Es obvio que para que toda la filosofía que se recoge en tan interesante estudio se ponga en marcha es indispensable que se elabore y apruebe el nuevo estatuto del presupuesto. La preparación, formación y ejecución de éste tiene una alta prioridad y sé que es anuncio, tarea y propósito del actual gobierno, que debe cuajar cuanto antes. El Consejo de Estado debe tornarse exigente en la aprobación de créditos adicionales, negar todos los que sea menester cuando no resistan el más ligero análisis constitucional, legal o de conveniencia, para presionar por ese camino que se hagan los cambios normativos que las realidades demandan. Si, como en el caso en comento, opta por una línea flexible, generosa en la aplicación e interpretación de la Constitución y de las leyes, va a echar sobre sus hombros, sin necesidad, la responsabilidad del déficit fiscal. Hay que evitar, en lo posible, que se registren situaciones como las que el periódico EL TIEMPO, en su editorial de siete de julio del año pasado censuraba al comentar los cálculos presupuestales para el ejercicio de 1987. Allí se lee:

"Lo más serio del nuevo cálculo presupuestal es que se contempla de antemano un déficit no menor de 280.000 millones de pesos. La explicación de lo cual, en términos generales, la suministra el doctor Hernán Echavarría Olózaga en su más reciente libro —'El hueco negro', que circula por estos días— en el que puede leerse que *la habilidad de los Ministros de Hacienda y la irresponsabilidad del Congreso han modificado todos los sistemas normales, en los últimos tiempos. 'Ahora el Gobierno —dice el doctor Echavarría— lleva un proyecto presupuestal al Congreso, que sobreestima los ingresos y subestima los gastos, y éste lo aprueba. Pero como en el curso del año los recursos no resultan suficientes, vienen las adiciones presupuestales.* Existe también la posibilidad de que el Gobierno decrete gastos no presupuestados, basándose en ingresos adicionales. El resultado es que el presupuesto anual de ingresos y gastos de la Nación ya no es un presupuesto definido previamente, sino una colcha de retazos llena de huecos'. En el subfondo de todo están el crédito externo, los préstamos del Banco de la República, la Cuenta Especial de Cambios y, desde luego, las emisiones sin respaldo".

En la solicitud de crédito adicional se destina una parte sustancial del monto de inversión a obras públicas y ello, a simple vista parece bueno. Pero como en el informativo, y en el concepto del Departamento Nacional de Planeación, no aparecen criterios que permitan llegar a la conclusión de que ellos obedecen a una política buena, regular o mala, me asiste el temor de que a lo mejor se está improvisando. El doctor Hernán Echavarría Olózaga, en su obra EL HUECO NEGRO, sobre el particular previene:

"La política de obras públicas también debe ser cuidadosamente estudiada. Si el país está sobreexpandido y lo que faltan son recursos para atender a la demanda, el Estado debe aminorar

las obras públicas. Si inicia grandes obras, en plena expansión de la bonanza, sólo consigue crear más inflación y más desorden. Cuando el país está en pleno empleo de sus recursos, todo nuevo programa de obras, públicas o privadas, agrava las dificultades. Además las obras se realizan con despilfarro y sobrecostos. El peligro está en que el equipo del nuevo gobierno a inaugurarse en el próximo mes de agosto, llegue fogoso y lleno de planes, olvidándose del problema macroeconómico que tiene el país, al llegarle la bonanza. El nuevo gobierno no debe olvidarse que más que hacer obras, su deber es entregar el país, al final del período, con un sistema en orden económico y social. Por esto último y no por unas cuantas carreteras y represas, lo juzgará la historia.

"Ese tope a las obras que puede hacer el Estado es consecuencia de la expansión plena a que se dejó llegar la economía. Dicho de otra manera, el país tiene una capacidad dada, y si se permite que la expansión del sector privado la cope, no quedan recursos disponibles para ejecutar las obras públicas. Si el Estado, en esas circunstancias, trata de llevarlas a cabo, comprime el nivel de vida de los sectores más pobres de la sociedad. En más de una ocasión se ha visto el caso de un Estado, con amplios recursos financieros, que causa el caos social tratando de forzar al país a hacer más de lo que puede.

"Con estos argumentos no se trata de decir que el Estado no puede hacer obras durante la bonanza, sino que tanto la expansión del sector privado, como la del oficial, se deben tener en cuenta en conjunto, y que ambas no deben sobrepasar el límite presupuestado de lo que puede hacer el país, según sus recursos, sin someterlo a un esfuerzo que pueda crearle penalidades a la población. Es en el estimativo de este presupuesto como se juzgará el acierto de la obra de la próxima administración. Durante la bonanza nos lloverán las ofertas de financiación externa para toda clase de obras, pero sería un error imperdonable que continuáramos endeudándonos, especialmente cuando mayores recursos externos pueden agravar los problemas de estabilización.

"Muchos dirán que estamos en bonanza y que hay que echar adelante, pues las necesidades del país son muchas. Cierto es, pero los recursos internos del país son limitados, y sobrepasarlos sólo consigue crear el caos, con graves consecuencias económicas, sociales y políticas. Esa experiencia nos la dan Irán, México, Venezuela, Nigeria y otros países que sufrieron los efectos de la pasada bonanza petrolera".

Tercera. Concepto previo del Departamento Nacional de Planeación.

El artículo 106 del Decreto 294 de 1973 dispone que: "Toda solicitud de apertura de créditos adicionales será sometida por el respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a la consideración del Ministro de Hacienda y Crédito Público, por conducto del Director General del Presupuesto y con concepto previo del Departamento Nacional de Planeación, según lo establecido en el artículo 212 de la Constitución Nacional".

En la decisión de la Sala Plena se hace referencia a uno de los conceptos emitidos por el Departamento Nacional de Planeación Nacional. En lo sustancial del mismo se lee:

"*Conceptúa favorablemente sobre la adición e incorporación del presupuesto de gastos de inversión del sector central para la presente vigencia fiscal de la suma de $ 42.465.220.000* provenientes de recursos de crédito externo y de regalías de Ecopetrol. La distribución de dichos recursos aparece en tabulados anexos".

En salvamento de voto que hice el año pasado sobre la misma materia, expediente número C-014, observé sobre el particular lo siguiente:

"Es una lástima que el Departamento Nacional de Planeación se limite a hacer registros tan simples como el que obra a folios 139 y siguientes del expediente. Si así se pretende cumplir con la obligación de conceptuar, la tarea es mala. La literatura que allí se recoge deja la triste sensación de que no se quiere pensar para no tener que manejar las ideas. Conceptos de esta naturaleza en puridad de verdad no lo son, y ello permite concluir que en este caso tampoco se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 106 del Decreto número 294 de 28 de febrero de 1973. El Diccionario de la Lengua Española, Real Academia. Tomo 1º, página 351 precisa el alcance del referido concepto así: 'Concepto, ta (Del lat. conceptus) adj. ant. conceptuoso. 2.m. Idea que concibe o forma el entendimiento. 3. Pensamiento expresado con palabras. 4. Sentencia, agudeza, dicho ingenioso. 5. Opinión, juicio...'"

Es una lástima que los brillantes e importantes conceptos, pautas y orientaciones que el Jefe del Departamento Nacional de Planeación, doctora María Mercedes de Martínez, consigna en los dos importantes escritos publicados en la Revista Economía Colombiana, enero 1987, bajos los rubros: "LUCHA CONTRA LA POBREZA" y "ESTRATEGIA DE DESARROLLO HACIA UNA ECONOMIA SOCIAL", no se hayan recogido en todo o en parte en los conceptos emitidos por el despacho a su digno cargo. En el primero de ellos se lee:

> "Es ciertamente un reto, y siempre lo ha sido, articular los objetivos políticos, económicos y sociales del cambio, en una filosofía integral que contemple la más amplia participación ciudadana en la labor de lograr un crecimiento económico sostenido y estable, que se traduzca en condiciones adecuadas de vida para todos, con un especial énfasis en los más pobres y desprotegidos.
>
> "La estrategia de desarrollo que ha diseñado este Gobierno constituye precisamente una respuesta a este desafío. En ella lo social no se concibe como un elemento residual del crecimiento económico, ni independiente de la participación de todos en las instituciones políticas y económicas. Dentro de este contexto, el esfuerzo de la comunidad se dirigirá, entonces, al logro de una economía social.
>
> "Esta ocasión es propicia para exponer el marco general que orientará las acciones de este Gobierno, con énfasis en la vinculación de grupos, regiones y actividades marginadas del proceso de cambio. Así mismo, aprovecharé la oportunidad para presen-

tar planes concretos, ya identificados, en los que se traducen estos objetivos, en especial aquellos que benefician directamente los estratos de más bajos recursos de la sociedad.

"Diagnóstico.

"El diagnóstico en que se basa la economía social reconoce que el esquema que ha caracterizado el desarrollo reciente del país ha excluido amplios sectores de la población, creando así una situación de desigualdad y un desperdicio de recursos humanos y materiales. Al mismo tiempo, la acción del Estado se ha restringido a atender grupos cada vez más reducidos, con una consecuente pérdida de vínculos con la comunidad y un bajo nivel de coordinación y efectividad en su gestión.

"En los últimos años, el Estado ha concentrado sus recursos de inversión y gasto en sectores, programas y regiones que si bien han contribuido a dotar al país de la infraestructura necesaria, han sacrificado el bienestar de amplios sectores de la población donde la presencia del Estado es débil, ineficaz y esporádica. Es así como en materia de inversión pública se dio prioridad al sector eléctrico, de hidrocarburos y minería y a la dotación de infraestructura vial y de transporte en proyectos de gran envergadura. A estas actividades se destinó más del 50% de la capacidad de inversión del Estado. Igualmente, desde una perspectiva regional, se encuentra que las tres principales ciudades del país concentran el grueso de las posibilidades de expansión económica, y que al interior de las mismas se detectan desequilibrios en la asignación de los recursos excluyendo amplios sectores de la población urbana.

"Ello se logró esencialmente a través del fortalecimiento de las empresas comerciales e industriales del Estado y del debilitamiento del Gobierno Nacional y del resto de la economía.

"Como resultado de esta línea de acción, regiones, grupos sociales, y actividades productivas han quedado al margen de los beneficios del crecimiento".

En el segundo se utiliza la siguiente literatura:

"El Departamento Nacional de Planeación quiere compartir hoy con el país los principales lineamientos del Plan de Desarrollo y precisar los frentes prioritarios de acción que ocuparán las labores del Estado durante este cuatrienio, basados en los siguientes principios:

"1. Crear los mecanismos que garanticen la participación activa de todos los colombianos en los diversos frentes del desarrollo político, económico y social.

"2. Llevar el Estado a la comunidad de forma tal que los planes y programas que se adelanten respondan a necesidades reales y prioritarias; que la acción institucional se complemente con el esfuerzo de todos, y que los beneficios se distribuyan equitativamente.

"3. Articular las líneas de acción del Estado para evitar que los intereses particulares de sectores primen sobre los generales de la Nación, que se generen duplicidades costosas e innecesarias, y así mismo, simplificar y modernizar las instituciones para mejorar su eficiencia en la prestación de los servicios.

"La forma que ha caracterizado el desarrollo reciente del país ha excluido amplios sectores de la población, creando así una situación de desigualdad y un desperdicio de recursos humanos, y materiales. Al mismo tiempo, la acción del Estado se ha restringido a atender grupos cada vez más reducidos, con una consecuente pérdida de vínculos con la comunidad y un bajo nivel de coordinación y efectividad en su gestión.

"En los últimos años, el Estado ha concentrado sus recursos de inversión y gasto en sectores, programas y regiones, que si bien han colaborado a dotar al país de una infraestructura necesaria, sin embargo, han sacrificado al bienestar de amplios sectores de la población donde la presencia del Estado es débil, ineficaz y esporádica. Es así como en materia de inversión pública se ha dado prioridad al sector eléctrico de hidrocarburos y minería y a la dotación de infraestructura vial y de transporte en proyectos de gran envergadura. A estas actividades se ha destinado más de 50% de la capacidad de inversión del Estado. Igualmente, desde una perspectiva regional, se encuentra que las tres principales ciudades del país concentran el grueso de las posibilidades de expansión económica, y que al interior de las mismas se detectan desequilibrios en la asignación de los recursos, excluyendo amplios sectores de la población urbana.

"Como resultado de esta línea de acción, regiones, grupos sociales y actividades productivas se han quedado al margen de los beneficios del crecimiento. Así, el Chocó, el Magdalena Medio, la Orinoquia, la Amazonia y zonas de la Costa Atlántica y la Pacífica, entre otras, son regiones que han permanecido históricamente aisladas de los centros más dinámicos. De otra parte, grupos humanos ubicados en la periferia urbana se encuentran marginados de la prestación de los servicios públicos y de las oportunidades de empleo e ingresos estables. Por último, la producción alimentaria campesina y, en general, el sector agropecuario ha estado rezagado en su crecimiento y en los niveles de inversión".

Así las cosas, y frente a un concepto de Planeación Nacional que deja al interesado sediento de ilustración, mirando a la luna de Valencia, cabe preguntar: Los gastos que el Gobierno se propone hacer con los cincuenta y cuatro mil millones de pesos presupuestados para inversión, encuadran dentro de la filosofía sana que se recoge en los dos artículos anteriores, o hay desfaces en su ejecución? Imposible saberlo con los escasos elementos de juicio que obran dentro del informativo. Ante tales vacios la mayoría se limita a registrar en el concepto que:

> "*...es necesario que el Departamento Nacional de Planeación se pronuncie al respecto, tal como lo ordena el citado artículo 106 del Decreto-ley 294 de 1973*" (pág. 46).

Pero frente a esta realidad, cabe a la vez preguntar: Cómo se le imparte la aprobación al crédito si hace falta pieza esencial para autorizarlo a la luz de lo preceptuado en la ley? El lector acucioso detectará fácilmente, leyendo tal pieza, que la mayoría tocó el tema con el susto que produce la defensa de lo que no se deja defender. Por ello la literatura es allí escasa y peligrosa, pues creo que no puede sostenerse que la ausencia de un plan de desarrollo económico y social es lo que se convierte en "...un motivo más de los que originan la necesidad de créditos adicionales, ya que se ejecutan las acciones estatales sin una programación previa y coordinada..." (pág. 47). Es decir, el pecado, la falta, el vicio, sirviendo de apoyo a lo que la Constitución desea que sea un régimen de excepción y con filosofía sana. Por ello el artículo 212 de la Carta habla de gasto "imprescindible".

Cuarta. El gasto público debe ser decretado por el Congreso.

A la luz de lo preceptuado en el artículo 207 de la Constitución Nacional, "no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales o las municipalidades, ni transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto".

Durante las discusiones a que dio lugar la solicitud del Gobierno Nacional demandé insistentemente por la ley que autoriza el gasto en los distintos rubros de inversión. La respuesta fue siempre la misma, esto es, la que se recoge en el concepto, página 47, donde se lee:

> "Con relación al respaldo legal de los gastos de inversión, la Sala considera que ellos se encuentran debidamente autorizados por diferentes disposiciones legales, relacionadas con los servicios y actividades a cargo de las entidades ejecutoras y desarrolladas por la ley anual aprobatoria del presupuesto que ahora se pretende adicionar".

Sobre este particular debo confesar que no comparto esa perspectiva jurídica que lleva a predicar que por cuanto la tarea del Ministerio de Obras Públicas, entre otras, es construir carreteras; la del Incora comprar tierras, etc.; la del Ministerio de Salud, atender este importante frente, ello es suficiente para que en el futuro no se exija una normatividad específica que autorice el gasto en cada frente. La tesis de la Sala, que fue la misma que el señor Ministro de Hacienda expuso en sesión plenaria de la Corporación, es a mi juicio dañina, peligrosa e inconstitucional. Por ello no la hago mía.

Quinta. Requisitos constitucionales y legales para la apertura de créditos adicionales.

En la página cuarenta y cinco del concepto rendido por la Corporación, se lee:

> "El trámite previsto en el Decreto-ley 294 de 1973, artículos 106, 107 y en su Decreto reglamentario número 1529 de 1978, se refiere a los créditos adicionales solicitados por un ministerio o un departamento administrativo, lo que no sucede en el caso presente, en el cual, su necesidad se detectó desde el momento mismo de la presentación de un proyecto de presupuesto absolutamente

deficitario y con base en las solicitudes previas hechas por los distintos sectores administrativos".

En Sala Plena dije que tan peregrina interpretación no la hace ni el más furibundo defensor de la Escuela Libre de Interpretación del Derecho. Recordé cómo el año pasado, dentro del expediente C-027, al absolver otra consulta del Gobierno Nacional, y con la ponencia del doctor Hernán Guillermo Aldana Duque, se fijaron pautas jurisprudenciales sobre la materia, unas de orden constitucional y otras de naturaleza legal y reglamentaria. En el referido proveído se lee:

"Los requisitos constitucionales y legales para la apertura de créditos adicionales:

"A fin de examinar la sujeción del trámite seguido para la adición presupuestal solicitada, a las normas jurídicas del Estado, es necesario referirlas a continuación, así sea sucintamente, para establecer la legalidad del crédito que se pretende abrir.

"a) Requisitos de orden constitucional.

"Dispone el artículo 212 de la Constitución Política que cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del Gobierno, estando en receso las Cámaras, y no habiendo partida votada o siendo ésta insuficiente, podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario por el Consejo de Ministros, instruyendo para ello expediente, previo dictamen favorable del Consejo de Estado.

"La disposición anterior ha dado lugar a diferentes opiniones respecto del alcance de la intervención que corresponde al Consejo de Estado en esta materia.

"La Corporación considera que, atendidas las circunstancias, la finalidad, y el tenor mismo del texto constitucional, a ella le compete examinar todos los antecedentes de la solicitud del crédito adicional, sea suplemental o extraordinario. Puesto que su intervención ocurre en defecto del Congreso, en alguna medida debe sustituirlo en cuanto al aspecto del control referente a la necesidad y a la urgencia del gasto, así como respecto de los requisitos consagrados en la Carta, la ley y el reglamento, máxime cuando el examen de la cuestión propuesta ha querido la Constitución que ocurra luego de que el Gobierno haya dado cumplimiento al requisito de calificación sobre necesidad e imprescindibilidad del gasto adicional que se pretende, y a las certificaciones de distintas instancias, cuya exactitud, legalidad y justeza no podrían quedar exentas del examen de la Corporación.

"Consecuencialmente, la Corporación extenderá el examen del texto del proyecto de decreto a los aspectos de legalidad y de necesidad imprescindible de los gastos a cuyo cubrimiento se destinen los créditos adicionales.

"b) Requisitos de orden legal y reglamentario.

"El Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación y los decretos reglamentarios del mismo, desarrollan el procedi-

miento que el Gobierno debe seguir para abrir los créditos adicionales, y contienen la indicación de los documentos, informaciones, conceptos previos y demás requisitos del caso.

"1. El proceso de tramitación se inicia con la solicitud que el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo interesado debe dirigir al Jefe del Departamento Nacional de Planeación, para que éste emita concepto previo favorable a la apertura del crédito (Art. 106 EOPGN).

"Esa exigencia tiene su razón de ser en la tendencia derivada de la Constitución Política (arts. 80, 76, ord. 4º, 118, ords. 3º y 4º, entre otros), a someter la actividad del sector público a planes generales de desarrollo económico y social y, cuando menos, a control del gasto público.

"1. Cuando se trata de gastos adicionales suplementales para inversión pública, en la solicitud inicial se debe indicar:

"—Monto votado en el presupuesto en curso para la apropiación que se propone adicionar.

"—Monto de lo comprometido por cuenta de esa apropiación.

"—Saldo no comprometido de la apropiación en la fecha de formulación de la solicitud.

"—Necesidad para atender el servicio en lo que resta del año.

"—Valor de la adición solicitada.

"—Recursos que se pretenden utilizar para respaldar el crédito solicitado.

"Concepto previo y favorable del DANP, y si se trata de obras cuya ejecución esté comprendida en los Territorios Nacionales, concepto favorable del Departamento Administrativo Nacional de Intendencias y Comisarías.

"2. Cuando se trate de gastos adicionales extraordinarios, la solicitud debe contener indicación sobre:

"—Ley que autoriza el gasto, o sentencia que reconoce el crédito.

"—La cantidad requerida para el gasto.

"—Las razones de urgencia o conveniencia que hagan aconsejable la apertura del crédito.

"—Las razones para que no se hubiere previsto el gasto incluido en el anteproyecto del presupuesto respectivo.

"—Concepto previo y favorable del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, y en iguales condiciones, el de DAINCO, cuando se trate de gastos para inversión, en las Intendencias y Comisarías, respectivamente, con indicación del carácter del aporte (ayuda financiera, préstamo o aporte de capital).

"—Si se trata de ejecución de obras deberá precisarse si la partida prevista que se solicita es suficiente para cumplir los fines propuestos.

"—Los recursos que se pretenden utilizar, y si se originan en cancelación de reservas del Balance del Tesoro, ha de indicarse la razón por la cual no fue cubierto el pasivo correspondiente.

"(Arts. 2º y 1º del Decreto reglamentario 1529 de 1978)".

"...2. Cumplido lo anterior, el Ministro del Ramo o el Jefe del Departamento Administrativo Nacional correspondiente, por conducto del Director General de Presupuesto, someterá a la consideración del Ministro de Hacienda y Crédito Público, la petición, para que éste a su vez informe de ella al Presidente de la República para que, a juicio del Gobierno decida si hay o no necesidad urgente e imprescindible del gasto.

"...3. Una vez que el Gobierno Nacional ha emitido su concepto sobre la conveniencia de la apertura del crédito, se deberá pedir y obtener el certificado de disponibilidad de la Contraloría General de la República, cumplido lo cual el señor Ministro de Hacienda someterá el expediente del crédito a la aprobación del Consejo de Ministros.

"...6. Una vez obtenido el certificado de disponibilidad mencionado en el numeral 3 anterior, el Ministro de Hacienda (art. 109, E.O.) someterá el expediente a la aprobación del Consejo de Ministros".

Ninguna buena razón, a mi juicio, se expuso en la Sala Plena para cambiar el anterior enfoque jurisprudencial. Argumentaciones, más nacidas del corazón que del Derecho, y preocupaciones por la posibilidad de que no se cubrieran los salarios de los funcionarios oficiales, incluidos los de la Rama Jurisdiccional, dieron nacimiento sólido y fuerte a la mayoría que determinó el concepto favorable para salvar así los deseos del Gobierno. Sin ánimo polémico, estimo que el Parlamento, con la misma firmeza que asegura la inclusión de todas las partidas relacionadas con los auxilios parlamentarios, debería atender frente tan delicado y de tanta sensibilidad social. Con la filosofía del salario del miedo no es posible manejar estos asuntos.

Sexta. Recursos. Certificado de disponibilidad número 25.

Al folio 120 del cuaderno número 2 aparece el Certificado de Disponibilidad número 25, expedido por el señor Contralor de la República, por la cantidad de veintisiete mil seiscientos doce millones de pesos, que son fruto del empréstito externo que un grupo de bancos, actuando como agente Chemical Bank, hizo al Gobierno Nacional con destinación específica: Financiar proyectos del sector eléctrico del Instituto de Fomento Industrial IFI, del Sector Agropecuario y el Proyecto Hidroeléctrico de Betania.

Del monto anterior se dispone en su totalidad, pero los recursos no van todos a los sectores específicos que se enlistan en el contrato

de empréstito. Al preguntarle al señor Ministro de Hacienda sobre el particular, esto es, si es correcto desviar esos recursos, dio una respuesta afirmativa sustentándola en el espíritu que animó a las partes al contratar. En la información adicional que el Gobierno suministró posteriormente a la Corporación, se trata de justificar la conducta oficial, pero lo cierto es que en el documento que se leyó en la Sala Plena, por el Consejero conductor del informativo, a que dio lugar la solicitud de crédito adicional, se habla a cada paso, de que el gasto debe estar de acuerdo con EL PLAN ECONOMICO Y CON LAS PRIORIDADES DE ESTE. Como el referido plan no existe, es imposible saber el manejo de estas últimas. Por ello estimo que no se ha debido permitir el uso de toda la partida.

Quedé tranquilo ante la afirmación del señor Ministro de Hacienda en el sentido de que el Proyecto Hidroeléctrico de Betania había recibido en el pasado la atención debida, y que por ello no se requería suma alguna para tal fin.

Séptima. Imprescindibilidad del gasto.

El artículo 212 de la Constitución Nacional autoriza la apertura de créditos adicionales cuando "HAYA NECESIDAD DE HACER UN GASTO IMPRESCINDIBLE". Para la mayoría de la Corporación, los gastos que se recogen en la solicitud del Gobierno son imprescindibles porque "...se trata simplemente de la acción administrativa propia y ordinaria del Estado, que en este caso se realiza de acuerdo con prioridades fijadas por los planes citados y la cual no quedó cubierta financieramente en el presupuesto aprobado para la vigencia fiscal de 1987".

El manejo que el Gobierno Nacional le ha venido dando tradicionalmente al concepto IMPRESCINDIBILIDAD DEL GASTO debería ser cuestionado, por decir lo menos, por el Consejo de Estado, pues en la práctica todo se presenta con esa filosofía. Así las cosas, se produce el resultado dañino de que lo que se concibió por el CONSTITUYENTE como "REGIMEN DE EXCEPCION", se torna en "NORMAL", con lo cual se toma el camino hacia los poderes dictatoriales. Esta realidad política lleva a Alvaro D'ORS, en "Escritos Varios sobre el Derecho en Crisis". Cuadernos del Instituto Jurídico Español Nº 24, a predicar:

> "El desarrollo político de la segunda mitad del siglo XX ha quedado poderosamente influido por el decisionismo schmittiano, aunque el nombre del autor suele ser silenciado por haberse convertido, en la Alemania de la postguerra, en víctima abominable y propiciatoria. En efecto, como es sabido, el artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919 otorgaba al Presidente unos poderes excepcionales para casos de estado de excepción 'Ausnahmezustand' y los mismos gobiernos democráticos hubieron de hacer uso de esos poderes, hasta el punto de que *Hindenburg estaba cansado de la frecuencia con que debía acudir a ellos.* Ese fue precisamente el camino por el que Hítler llegó al poder, en un momento de total descomposición parlamentaria, en la que parecía necesaria la intervención de un gobierno enérgico que supiera hacer uso del estado de excepción en que realmente se vivía. En la nueva ley fundamental de Bonn, de 1949, se tuvo gran cuidado de eliminar toda referencia al 'estado de excepción'

'Ausnahmezustand' que recordaba el fatídico artículo 48 de la Constitución de Weimar, y cuando ahora se tiene que hablar en Alemania de estas situaciones excepcionales se utiliza el término más anglosajón de 'ley de emergencia' 'Notstandsgesetz', con lo que se pretende convertir en régimen legal especial lo que tradicionalmente se venía considerando una inhibición del ordenamiento normal". Luego el distinguido tratadista concluye:

"*Con ello, lo que debía ser excepcional se hace normal, y van desapareciendo las inhibiciones de los gobiernos civiles, propiamente normales.* Lo excepcional prevalece sobre lo normal, se hace normal...De esta suerte, todo gobierno tiende a recabar para sí y conservar poderes excepcionales, a fin de gobernar con mayor perfección técnica, pues es claro que la perfección técnica queda favorecida por una mayor concentración del poder. Con ello desaparece el ideal del 'Estado de Derecho' del normativismo, pero desaparece al mismo tiempo todo principio de legalidad para la acción política ejecutiva, amparada constantemente por un régimen de excepción. Si para Kelsen la excepción no existe, para Carl Schmitt la excepción es la normalidad" (Subrayados nuestros).

Si he transcrito en parte sustancial los comentarios del profesor D'ORS es porque parecen pergeñados para Colombia que se ha venido habituando al estado de sitio permanente al estado de emergencia económica con igual vocación y al uso del artículo 212 de la Constitución Nacional para el manejo del 25% del presupuesto nacional por parte del Poder Ejecutivo, olvidando que éste ya tiene tantos poderes en nuestro régimen constitucional que bien podría preguntarse: ¿Qué es lo que no puede hacer?

Quinta. Del orden constitucional y legal a la hipótesis del no derecho.

Pude verificar en las exposiciones que se hicieron en la vía de motivar a la audiencia, que cuando se constataba la ausencia de piso constitucional, legal o probatorio, se acudía con habilidad al terreno de las suposiciones y al manejo inteligente de las presunciones, donde en puridad de verdad no se podían dar. Ello explica en buena parte la literatura que se utiliza para motivar el concepto favorable, donde se encuentra un párrafo como el siguiente:

"Quizá ello se debe a la ausencia de un verdadero plan de desarrollo económico y social, en los términos previstos por la Constitución Nacional, que constituya una pauta superior y obligatoria en materia presupuestal" (pág. 47).

En otras palabras, y como lo destacó en una de sus intervenciones el doctor Javier Henao Hidrón, en Colombia se viene registrando un dualismo entre lo que dispone la Constitución Nacional y lo que se hace en la práctica, que necesariamente contribuye a desestabilizar el Estado lo cual debe preocupar a la Corporación, que es la encargada de defender, ni más ni menos, que *EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.* Las palabras del distinguido Consejero de Estado me llevaron a recordar un artículo escrito por el jurista francés. Jean Carbonnier bajo el rubro "LA HIPOTESIS DEL NO DERECHO", en el cual destaca que lo esencial de ella "...es el movimiento del derecho hacia el no-

derecho, el abandono por el derecho de un terreno que ocupaba o que hubiera sido de su competencia ocupar. El no-derecho, en lo que tiene demás significativo, es la reducción o la retirada del derecho" (Derecho Flexible. Editorial Tecnos, pág. 35).

Para ilustrar más su pensamiento el ilustre tratadista recuerda cómo hay tiempos de no-derecho, momentos en que las vacaciones del derecho son una "necesidad de higiene social", o como lo escribieran los estudiantes de la Sorbona, en los incidentes de 1968, períodos en la vida de los pueblos en que se "PROHIBE PROHIBIR". Sin embargo, pienso que el Consejo de Estado no puede abrirle paso a los "CONCEPTOS DE HECHO", que bien podrían tener el alcance de los exámenes, también de hecho, que se pusieron en práctica en Burdeos por esa época, y que llevan al mismo escritor a predicar:

> "Río abajo, el objetivo consistía en incorporarse rápidamente a un orden jurídico, y la vía menos complicada para ello consistía, sin duda, en lograr que el poder de derecho, todavía en su trono, quisiera asumir los actos del poder de hecho y convalidarlos por una ley o por un acto administrativo. Así, los exámenes oficiosos de Burdeos se transmutaron en diplomas oficiales. Sin embargo, a falta de una tal intervención de autoridad estatal se buscó, de forma muy diferente, otro paso de los hechos al derecho. Se sugirió, por ejemplo, que las deliberaciones de las asambleas de hecho podían salir a flote en el derecho *A TITULO DE PARECERES O DE OPINIONES. EFECTIVAMENTE, LOS PARECERES Y LOS DICTAMENES FORMAN UNA VARIEDAD ORIGINAL ENTRE LOS FENOMENOS SOCIALES. PERTENECEN AL NO-DERECHO, PERO EL DERECHO FRECUENTEMENTE LES LLAMA HACIA SI*" (Obra citada, pág. 61) (Subrayas de quien suscribe).

Sin pretensiones de ninguna naturaleza, abrigo la esperanza de que en el futuro la Corporación recoja la orientación de hecho que se registra en el concepto, pues el derecho siempre estará haciéndole ese llamado.

Con toda consideración,

Julio César Uribe Acosta.

CREDITOS PRESUPUESTALES ADICIONALES.

(Salvamento de voto).

1. Exigencias del artículo 212 de la Constitución Nacional.

2. Prevenciones del artículo 106 del Decreto-ley 294 de 1973. CUANDO SE TRATE DE GASTOS DE INVERSION. Reglamentación de la anterior disposición a través del Decreto 1529 de 1978 (art. 1º).

3. El Ministro o el Jefe del Departamento Administrativo son los funcionarios que además de FORMULAR en primer término la solicitud de apertura de crédito adicional ante el Ministro de Hacienda y por medio del Director Nacional de Presupuesto suministran la información que señalan claramente los artículos 1º y 2º del Decreto 1529 de 1978 para los créditos adicionales y extraordinarios en su orden.

Salvamento de voto del Consejero doctor Simón Rodríguez Rodríguez.
Bogotá, D. E., catorce de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Referencia: Consulta del Gobierno Nacional sobre Crédito Adicional. Expediente número C-051.

Con la debida consideración, me permito disentir de la tesis mayoritaria que concentró favorablemente a la solicitud de apertura del crédito de la referencia y cuyo proyecto de Decreto fue sometido a esta Corporación.

Por dicho Decreto se adiciona el Presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el Presupuesto de gastos de la Nación para la vigencia fiscal de 1987 por un valor de $ 89.832.224.305.06 y se efectúan unos contracréditos y créditos adicionales a la misma vigencia fiscal de 1987 por un valor de $ 229.900.000.00.

Consideraciones:

Contempla el artículo 212 de la Constitución Nacional la posibilidad de abrir créditos adicionales administrativos cuando se necesite hacer un gasto imprescindible a juicio del Gobierno y el Congreso se hallare en receso y ello porque existiendo partida votada sea insuficiente (créditos suplementales) o que no existiere alguna (créditos extraordinarios).

Dispone el artículo 213 de dicha Carta Política que "el Poder Ejecutivo no podrá abrir los créditos suplementarios y extraordinarios de que trata el artículo 212 de la Constitución, ni hacer traslaciones dentro del presupuesto sino en las condiciones y por los trámites que la ley establezca".

Dichos créditos se abrirán por el Consejo de Ministros con el dictamen previo y favorable del honorable Consejo de Estado.

El Congreso posteriormente deberá legalizar tales créditos.

El estatuto orgánico del Presupuesto General de la Nación, o sea el Decreto-ley 294 de 1973 reglamenta lo relacionado con "los créditos adicionales y los traslados" en sus artículos 98 a 117 y los artículos 107 y 114 son reglamentados por el Decreto 1529 de 1978.

Requisitos constitucionales y legales:

A

Imprescindibilidad del Gasto

Sostuve en la providencia presentada ante la honorable Corporación que este requisito se da en el caso sometido a su consideración y al efecto ofrecí la siguiente sustentación:

a) Según la afirmación del Ministro de Hacienda y Crédito Público en su exposición de motivos del Proyecto de Decreto de Adición Presupuestal que se estudia, a su vez respaldada en las consideraciones aducidas por el mismo al presentar al Congreso de la República el "Proyecto de Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de 1987", éste de suyo es deficitario por las siguientes razones:

"El Presupuesto de 1987

"Al igual que el Proyecto de presupuesto de 1986, el de 1987 registra un cuantioso faltante de financiación.

Así, se tiene que el Proyecto de presupuesto que ahora se presenta para la vigencia de 1987, asciende a $ 972.476 millones, monto ligeramente superior al presupuesto final estimado para 1986, excluyendo el déficit fiscal de años anteriores por valor de $ 51.100 millones. Este presupuesto no considera las necesidades de apropiación correspondientes a incrementos salariales, ni apropiaciones necesarias por $ 73.300 millones para inversión. En consecuencia, dentro de las normas constitucionales y legales, el Gobierno presenta al Congreso Nacional un proyecto de presupuesto equilibrado (artículo 211 de la Constitución Política y artículo 4º del Decreto extraordinario 294 de 1973) lo cual determina un monto de faltantes del orden de $ 175.800 millones, cuya distribución se puede observar en el cuadro 14".

"....

"La financiación de los faltantes de 1987

"Tal como ya ha sido mencionado y puede observarse en el cuadro 14, los faltantes de apropiación en el presupuesto de 1987

ascenderían a $ 175.800 millones, incluyendo lo necesario para financiar el incremento en el costo de los servicios personales y las transferencias.

Como se anotó, sin considerar otras fuentes de financiamiento, la Tesorería General de la República tendría capacidad de atender un nivel mínimo de gastos con una disminución de los depósitos de $ 59.100 millones. Sin embargo, si se quiere mantener el saldo de la Tesorería en el Banco de la República inmodificado para evitar presiones monetarias, es necesario allegar recursos de otra procedencia por el mismo valor.

Para la financiación de los anteriores faltantes se cuenta ya con algunos recursos autorizados, mas no incorporados al proyecto de presupuesto por restricciones legales, como son los recursos del crédito externo por $ 55.000 millones y una financiación combinada entre Títulos de Ahorro Nacional y Crédito Interno del Banco de la República (emisión).

La diferencia entre la situación de caja y la presupuestal radica en que si bien las apropiaciones presupuestales reflejan la autorización máxima de gasto, esto no significa que efectivamente se realicen las correspondientes erogaciones durante el transcurso de la vigencia. En este sentido, lo ideal desde el punto de vista de la ejecución normal del gasto público sería que existiese una correspondencia más cercana entre las dos cifras, situación hacia la cual debe tender en el mediano plazo el proceso presupuestal.

Sobre este tema es oportuno mencionar que la situación enfrentada en los últimos tres años al preparar el presupuesto y buscar la financiación de sus faltantes, ha sido semejante en cuanto a este punto se refiere.

Lo anterior hace imperioso para el Ejecutivo presentar próximamente un proyecto de ley por medio del cual se autoricen los recursos que le permitan al Gobierno contar con una adecuada financiación del presupuesto para 1987. Por consiguiente, el Gobierno, una vez más someterá a consideración de las Cámaras Legislativas la conveniencia de esta medida, con el fin de tramitar las autorizaciones complementarias requeridas.

Aunque es difícil precisar en este momento el monto exacto de los recursos indispensables, puesto que él depende del comportamiento que durante la próxima vigencia tenga el producto de los tributos, del éxito que se alcance en la colocación de los títulos de deuda pública externa y en la contratación de créditos externos y de los incrementos salariales que finalmente se decreten, entre otros, las proyecciones analizadas permiten suponer que se requerían, del orden de los $ 120.800 millones.

La situación descrita pone de presente el complejo y delicado manejo de la política fiscal, motivo por el cual se hace imprescindible que el Ejecutivo junto con el Legislativo entren a estudiar cuidadosamente este problema a fin de introducir las correcciones pertinentes, pues no es viable ni recomendable continuar causan-

do gasto que no puede ejecutarse en la vigencia correspondiente y sí conlleva un enorme malestar para toda la economía. Esto pone de presente la necesidad de modificar las tendencias del gasto público en 1987, por lo que el nuevo Gobierno presentará a consideración del Congreso un proyecto de ley orgánica que tendrá el alcance de un estatuto del gasto público. Con ello se pretende evitar el continuo deterioro de la situación fiscal y permitir de esta forma que una mayor proporción del ahorro interno se canalice hacia la inversión privada devolviéndole a la economía su capacidad de crecer y generar empleo.

De igual manera se aspira a ejercer un mayor control sobre el nivel del gasto de funcionamiento y de la inversión de las entidades descentralizadas" (Proyecto de Presupuesto Nacional 1987. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Presupuesto, págs. 14 a 21).

Es decir que ya desde el mismo año pasado el Gobierno Nacional avizoraba con razones bien fundadas y verificables, una deficiencia de apropiación presupuestal de $ 175.800 millones, que en parte se persigue ahora enjugar con los recursos que en el presente Proyecto de Decreto de adición se proponen.

b) Los $ 89.832.224.305.86 en que se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital se distribuirá así:

Para gastos de funcionamiento (servicios personales, gastos personales, transferencias), y servicio de la deuda un 40% y para gastos de inversión un 60%.

Como constante general de los recursos que se propone arbitrar con urgencia el Gobierno Nacional está la de que con ella se persigue satisfacer gastos de las tres Ramas del Poder Público, tan indispensables como son el pago de servicios personales (sueldos, pensiones) y transferencias de funcionamiento y ello por el período de junio a septiembre de 1987. Los servicios de la Rama Jurisdiccional se sufragarán con dichos recursos e incluyen pagos a sustanciadores y la atención de los mismos juzgados de instrucción criminal creados por la Ley 2ª de 1984. Los faltantes de apropiación en relación con los meses de octubre a diciembre de este año se proyecta atenderlos a través de la presentación del correspondiente Decreto de apertura de créditos adicionales al Congreso de la República.

Los dineros destinados al servicio de la deuda pública, son impostergables porque van hasta cubrir las obligaciones del país exigibles hasta el 30 de septiembre de 1987, so pena de que "se suspendan los desembolsos de crédito en curso".

Los gastos de inversión están fundamentalmente relacionados con el Plan Nacional de Rehabilitación (véase el presente Proyecto de Renta de Adición) y el programa de erradicación de la pobreza absoluta del actual Gobierno.

Algunos de los sectores atendidos de acuerdo con los criterios de prioridad recomendados por el Departamento Nacional de Planeación son: El de la salud; Fondo Nacional Hospitalario, Servicio de Erradi-

cación de la Malaria, Instituto Nacional de Salud, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; el sector agropecuario: Incora, Himat, Cecora, DRI, etc.; el sector educativo: Infraestructura educativa para educación básica secundaria, etc.; el sector de obras públicas: Plan Nacional Vial: Construcción y reconstrucción de carreteras nacionales, Fondo Nacional de Caminos Vecinales, etc.

B

Demás requisitos

En cuanto hace a las demás exigencias las encontré satisfechas, *salvo* las muy importantes relacionadas precisamente con el trámite que se debe seguir y los requerimientos que se deben cumplir para que el Gobierno pueda abrir los créditos adicionales (suplementales o extraordinarios) a que se refieren los artículos 106 y siguientes del Decreto-ley 294 de 1973 "por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación" y los artículos 1º y 2º del Decreto 1529 de 1978 "por el cual se reglamentan los artículos 107 y 114" de dicho Decreto 294, normas todas estas que a su vez son desarrollos de los artículos 212 y 213 de la Carta.

Es así entonces que los créditos adicionales administrativos previstos en el artículo 212 de la Constitución Nacional —cual es el objeto de consulta ante esta Corporación— deben abrirse "en las condiciones y por los trámites que la ley establezca", según manifestación categórica del artículo 213 *ib.* Esta *ley* de que habla la norma es el Estatuto Orgánico de Presupuesto Nacional que corresponde al Decreto-ley 294 de 1973.

Previene el artículo 106 del Decreto-ley 294 de 1973 que el respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo someterá a la consideración del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por conducto del Director General de Presupuesto y con concepto previo del Departamento Nacional de Planeación cuando se trate de gastos de inversión. A su vez el Ministro de Hacienda informará sobre la solicitud al Presidente de la República para que decida si hay necesidad imprescindible del gasto, a juicio del Gobierno, según lo prescribe el artículo 212 de la Constitución Nacional.

El funcionario que solicite la apertura de un crédito adicional presentará las informaciones que establezcan los reglamentos del mismo Decreto-ley 294 (art. 107 *ib.*).

Aprobada la conveniencia del crédito por el Gobierno, se pedirá por conducto del Ministerio de Hacienda al Contralor General de la República la certificación de disponibilidad que ampare la apertura (art. 108 *ib.*). Obtenido este certificado, el Ministro de Hacienda someterá el expediente del crédito a la aprobación del Consejo de Ministros, el cual una vez aprobado se remitirá al honorable Consejo de Estado para que emita su dictamen. El Gobierno dictará el decreto de apertura del crédito si aquel dictamen es favorable y archivará el expediente en caso contrario (art. 109).

De su lado el Decreto número 1529 de 1978 que reglamenta el artículo 107 (y 114) del Decreto-ley 294 de 1973 establece lo siguiente:

En su artículo 1º y respecto de *los créditos extraordinarios* previene que la solicitud de apertura de estos debe contener, entre otras la siguiente información: Ley que autoriza el gasto que se desee incluir en el presupuesto o sentencia que reconoció el crédito judicial, cantidad requerida para el gasto, razones de urgencia o conveniencia que aconsejen la apertura del crédito, razones para que no se hubiere previsto el gasto e incluido en el anteproyecto de presupuesto respectivo; si el gasto corresponde al Presupuesto de Inversión deberá acompañarse el concepto previo del Departamento Nacional de Planeación; si el recurso se origina en la cancelación de las reservas del Balance del Tesoro, debe indicarse por qué no fue pagado el período de que se trata durante el año siguiente al de la constitución de la reserva y acompañar la certificación de que el contrato se cumplió cabalmente.

El artículo 2º del ameritado Decreto 1529 contempla para los *créditos suplementales* la siguiente información: Monto de lo votado en el presupuesto para la apropiación que se busca adicionar, la cantidad comprometida por cuenta de esa apropiación, el saldo no comprometido de la apropiación que se proyecta adicionar en la fecha de la solicitud, necesidad para atender el servicio en la parte restante del año, valor de la adición solicitada, recursos que se propone utilizar para respaldar el crédito, y si éste corresponde al presupuesto de inversión se deberá acompañar también concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y la declaración de éste de que corresponde al Plan de Desarrollo Económico y Social del Gobierno Nacional.

Pues bien en el escrito enviado al honorable Consejo de Estado por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público relacionado con el presente Proyecto de Decreto de Adición al Presupuesto Nacional se echa de menos la petición de Ministro o Jefe de Departamento Administrativo respectivo prevista en el artículo 106 del Decreto 294 de 1973, acompañada de la información señalada en los artículos 1º y 2º del Decreto 1529 de 1978, y por tal razón se inquirió sobre ello al señor Director General de Presupuesto quien mediante comunicación número 1071 de 3 de julio de 1987 explica que "los créditos adicionales incorporados dentro del proyecto de decreto de adición presupuestal para la vigencia fiscal de 1987...han sido programados directamente por el Director General del Presupuesto y el Departamento Nacional de Planeación, en lo que corresponde a las apropiaciones de gastos de funcionamiento y de inversión" (fl. 256 del cuaderno número 1).

No escapa a mi juicio la importancia que para el país tiene el presente crédito adicional entregado a su juicio por el Gobierno Nacional en estos momentos caracterizados por circunstancias de faltantes presupuestales que con prontitud reclaman dineros para atender el pago de servicios personales de la Administración hasta el próximo mes de septiembre y por ello estoy de acuerdo, como acabo de exponerlo, con la imprescindibilidad del gasto.

Mas lamentablemente encuentro que se ha omitido la iniciativa de la presentación ante el Ministro de Hacienda y Crédito Público de la solicitud de la apertura del crédito por el funcionario competente que es, al tenor del Decreto 294 de 1973 y su Decreto reglamentario

1529 de 1978, el Ministro o el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente lo mismo que la información que ella debe contener.

En el caso de autos se echa de menos tal petición y en cambio quien realizó toda la actividad de programación del Proyecto de Adición Presupuestal fue la Dirección General de Presupuesto junto con el Departamento Nacional de Planeación.

Que dicha petición deba provenir de quienes están al frente de esos organismos (Ministerios y Departamentos Administrativos) es un principio que obedece a una sana práctica administrativa financiera porque ellos son los que en primer lugar conocen bien las necesidades (gastos de funcionamiento y de inversión) y saben con cuáles recursos fiscales cuentan para satisfacerlas, y todo esto con la consultoría del Director General de Presupuesto.

Luego de ellos mismos deberá provenir la iniciativa de plantearle al Ministro de Hacienda tales necesidades y fuentes fiscales de financiación dentro del amplio margen de prioridades que ofrezca el Ministerio o Departamento Administrativo a su cargo.

Esto se hace más lógico e imperioso en tratándose de créditos adicionales. Estos por su propia naturaleza constituyen expedientes excepcionales para auxiliar los enflaquecidos presupuestos que, como el que actualmente se ejecuta, se caracterizan por presentar carencias dinerarias para atender normalmente los servicios públicos del Estado. Serán entonces el Ministro o el Jefe de Departamento Administrativo —se repite— los funcionarios que además de formular en primer término la solicitud de apertura de crédito adicional ante el Ministro de Hacienda y por medio del Director Nacional de Presupuesto, suministren la *información* que claramente señalan los artículos 1º y 2º del Decreto 1529 de 1978 para los créditos suplementales y extraordinarios en su orden, lo cual se contrae para los primeros a precisar debidamente el gasto: Por cuál proyecto de ley está autorizado, la cuantía que se necesita, las razones de urgencia o conveniencia que recomienden la apertura del crédito, motivos por los cuales no se previó en el anteproyecto de presupuesto respectivo, los recursos que sirvan para atender el nuevo gasto, etc.; y para los segundos: Cantidad votada en el presupuesto para la apropiación que se propone incrementar, valor de lo comprometido para la apropiación y saldo no comprometido, necesidad de atender el servicio por la parte faltante del año, valor de la adición, recursos que sirvan de base para respaldar el crédito pedido, etc.

Luego bajo ningún respecto puede darse como argumento para no observarse el ordenamiento jurídico citado y explicado, que ya el Gobierno Nacional había advertido desde la presentación del Proyecto de Presupuesto al Congreso de 1987 que en la presente vigencia fiscal se presentarían *faltantes presupuestales*, como se sostiene en la respuesta adoptada por decisión mayoritaria porque, en primer lugar, esa normatividad no establece tal excepción —luego no es dable hacer distingos— y porque precisamente la potísima *ratio* de los créditos adicionales está dada cabalmente por encontrarse el Gobierno ante la necesidad de gastos imprescindibles, cuando se está ejecutando el presupuesto del año de que trata y no existen partidas presupuestales para atenderlos y sí las hay pero son insuficientes.

Lo que en verdad se ha consagrado con la tesis de la mayoría es dejar que el Ministro de Hacienda a través de su funcionario subordinado, el Director General de Presupuesto, disponga, distribuya, adjudique, librado a su propio talante y arbitrio, ingentes sumas de dinero a los distintos *entes* de la Administración Central, con el agravante de ser él mismo quien juzge —por sí y ante sí—, sobre cuáles son las necesidades de ellos y, con cuánto numerario se debe contribuir a su satisfacción. El trámite constitucional y legal prevenido en los textos cuya inobservancia se ha puesto de relieve, justamente persigue que haya la ordenación y coordinación debidas entre recursos que se deben arbitrar y gastos que se deben sufragar, dentro de la prioridad de necesidades que cada Ministerio y Departamento Administrativo acuse en su caso particular, con lo cual se consigue la debida y mejor racionalización del gasto público.

Como bien lo recuerda el honorable Consejero Julio César Uribe Acosta en su salvamento de voto al presente concepto, apenas el año pasado el honorable Consejero Hernán Guillermo Aldana en concepto desfavorable a una consulta de crédito adicional hizo un repaso de los mismos requisitos constitucionales y legales que ahora se echan de menos y que debe cumplir el Gobierno como condiciones *sine qua non* para obtener un dictamen favorable (Expediente número C-027).

Ni las peticiones comentadas con sus condignas informaciones obran en el expediente.

Cuestión diferente será la que surja en la etapa posterior de formación del crédito adicional en comento en que el Ministro de Hacienda asesorado por su Director de Presupuesto deba hacer los ajustes del caso a las peticiones de los funcionarios en cuestión para arribar al Proyecto definitivo de adición.

No puedo entonces consentir con que no se hayan satisfecho normas categóricas del Estatuto Orgánico del Presupuesto que obedecen a principios decantados de Hacienda Pública cuyo cumplimiento no es dado soslayar.

Atentamente,

Simón Rodríguez Rodríguez.

CREDITOS PRESUPUESTALES ADICIONALES.
(Salvamento de voto).

Requisitos de solicitud para la apertura de un crédito.

alvamento de voto del Consejero doctor Carmelo Martínez Conn.

eferencia: Expediente número C-051. Crédito Adicional.

Con todo respeto me aparto de la opinión de la mayoría de la ala, por la cual aprobó la adición al presupuesto nacional en curso, n cuantía de $ 98.852.224.305.06.

Compartí íntegramente la ponencia elaborada por el honorable onsejero doctor Simón Rodrigue Rodríguez, que devolvía el proyecto in aprobación por haberse ignorado la aplicación de normas vigentes el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional más conocido como ecreto número 294 de febrero 28 de 1973.

Esas normas que el Consejo de Estado en la ponencia en la cual ie separo ignoró, tienen el siguiente contenido:

Artículo 106: "Toda solicitud de apertura de crédito adicional será ometida por el respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a la consideración del Ministro de Hacienda y Crédito Público, or conducto del Director General del presupuesto y con concepto revio de Departamento Nacional de Planeación cuando se trate de astos de inversión".

Parágrafo: "El Ministro de Hacienda informará sobre la solicitud l Presidente de la República, para que decida si hay necesidad impresindible del gasto a juicio del Gobierno, según lo establecido en el rtículo 212 de la Constitución Nacional".

Artículo 107: "El funcionario que solicite la apertura de un crédito dicional presentará, las informaciones que establezcan los reglamenos de este Instituto".

Esta reglamentación no fue cumplida por el Gobierno que consideró por boca del Ministro de Hacienda y sus Asesores que no se equería darle cumplimiento al trámite de las normas ya transcritas or cuanto en el presupuesto adicional se habían cumplido.

Mala cosa es que la Corporación haya ignorado la importancia ue tienen las normas de procedimiento que el Gobierno confesó no aber cumplido, conducta que abonó a darle su aprobación al proyecto.

Por otra parte, para nadie es un secreto que legalmente no existe ningún Plan de Rehabilitación, por cuanto la comisión del Plan ni siquiera se ha reunido y los llamados gastos de inversión están destinados al citado Plan.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

Bogotá, D. E., julio veintidós de mil novecientos ochenta y siete

CREDITOS PRESUPUESTALES ADICIONALES.
(Salvamento de voto).

1. Requisitos de solicitud.

2. No puede hacerse ningún gasto que no haya sido decretado por el Congreso.

3. Finalidad del artículo 212 de la Constitución Nacional. Concepto del Consejo de Estado, en caso excepcional.

Salvamento de voto del Consejero doctor Samuel Buitrago Hurtado.

Referencia: Expediente número C-051. Crédito Adicional.

Muy respetuosamente discrepo de los colegas de la mayoría que han emitido concepto favorable a la apertura del crédito adicional anterior, por las siguientes razones:

a) Porque tal como se demuestra en la ponencia presentada por el doctor Simón Rodríguez R., se pretermitió todo ese ritual que señala la ley orgánica del Presupuesto Nacional en su artículo 106 y en el Decreto 1529 de 1973 como es de destacar el de no haberse sometido la solicitud del crédito por el respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a la consideración del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público por conducto del Director de Presupuesto, en lo relativo a los gastos de inversión. Y es en la misma ponencia que refleja la opinión mayoritaria, donde paladinamente se dice que sólo el Ministro de Hacienda cumple esa función "y es la entidad encargada de toda su tramitación". Agregándose que "en el presente caso, así lo hizo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin necesidad de que hubiera solicitud expresa de los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, pues sus iniciativas ya habían sido propuestas con el correspondiente proyecto de presupuesto para 1987..." (pág. 46 de la Ponencia aprobada).

El Decreto 294 de 1973 señala todo un rito a cumplirse en estos eventos de los créditos adicionales que debe ser forzosamente acatado, tanto por el Ejecutivo Nacional como por el propio Consejo de Estado;

b) Conforme los artículos 76 y 207 de la Constitución Nacional, no puede hacerse ningún gasto que no haya sido decretado por el Congreso.

En el caso presente, varios de los créditos de inversión carecen de respaldo legal y así se acepta en el proyecto de la doctora Consuelo

Sarria, en el cual se expresa la conformidad de la mayoría con las explicaciones de la señora Jefe del Departamento Nacional de Planeación, a pesar de que se estima que sus conceptos "no son realmente ilustrativos con relación a la necesidad y racionalidad de los gastos, su adecuación con las prioridades de inversión y en general con la incidencia que dichas inversiones puedan tener dentro de la economía nacional" (pág. 47 del Proyecto);

c) Como inexplicablemente se acepta en la ponencia aprobada por la mayoría de la Sala, existe una ausencia de planes formalmente adoptados que orienten y dirijan la acción administrativa.

Mucho se ha hablado y pregonado de los dos planes bandera del Gobierno Nacional: El Plan Nacional de Rehabilitación y el Plan para la erradicación de la pobreza absoluta, que hasta el momento no se han explicado en las dimensiones que puedan tener para el país. Porque, mientras se prolongue la situación de hambre en los campos y mientras ellos continúen siendo abandonados y se empobrezca, sin protección alguna por el éxodo masivo de nuestros campesinos a los centros urbanos a disfrutar de las viviendas que con generosidad se les ofrece, resultará irritante hablar de riqueza y de prosperidad económica. Esto sin meditar en el estado de la clase media condenada a vivir estacionaria y sometida a un régimen de remuneración vergonzoso y exasperante. Qué va a importar a los empleados públicos, a los de la empresa privada que se hable de millones si su situación sigue siendo la misma?;

d) Las adiciones presupuestarias que necesita hacer el Gobierno Nacional al presupuesto son el resultado de esa costumbre ya inveterada de elaborar presupuestos desequilibrados, razón por la cual a estas alturas del año se apela al recurso de las adiciones. Ese es un procedimiento a juicio de los entendidos peligroso, porque no es otra cosa que disponer gastos a espaldas del Congreso con el previo y general asentimiento del Consejo de Estado. El Gobierno no puede mermarle sus prerrogativas constitucionales al Legislador, y no me parece elegante ni de buen recibo, que a la hora de ahora, a sólo cinco días de la instalación del Congreso en sus sesiones ordinarias, esté el Consejo de Estado embarcado en el estudio de peticiones formuladas por el Gobierno para la apertura de créditos adicionales al Presupuesto Nacional, lo que entraña en cierta forma un mal uso de ese sistema excepcional consagrado por el artículo 212 de la Constitución;

e) Y como comparto en su integridad los muy juiciosos razonamientos que consigna el doctor Julio César Uribe Acosta en su salvamento de voto, también a ellos me adhiero para fundamentar el mío.

Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Samuel Buitrago Hurtado.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS Y OTROS ACTOS DEL GOBIERNO

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS. LIQUIDACION DE REVISION (Revocación de suspensión provisional).

Revócase el auto de Sala Unitaria proferido el 17 de febrero de 1987 en cuanto ordena la suspensión provisional del inciso 1º del parágrafo del artículo 10 del Decreto 3834 de 1985 en la parte que dice: "O cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipos o saldos a favor, inexistentes o en cuantías superiores a las reales".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diez de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número 1266. Recurso de súplica contra el auto de 17 de febrero de 1987. Acción de nulidad del numeral 1º en la parte subrayada, numerales 2º y 3º del parágrafo del artículo 10 del Decreto reglamentario 3834 de 1985 proferido por el Gobierno Nacional. Actor: Silvio Pulido Pinto.

Se procede a resolver el recurso de súplica interpuesto por el señor representante de la Nación —Ministerio de Hacienda, Dirección de Impuestos Nacionales—, contra el auto de Sala Unitaria del 17 de febrero de 1987, mediante el cual se suspendió provisionalmente la frase *"o cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipos o saldos a favor, inexistentes o en cuantías superiores a las reales"* contenida en el numeral 1º del parágrafo único del artículo 10 del Decreto reglamentario número 3834 del 27 de diciembre de 1985.

Antecedentes:

El doctor Silvio Pulido Pinto en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicitó la declaratoria de nulidad de los numerales 2º, 3º y 1º en la parte "...o cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipos o saldos a favor, inexistentes o en cuantías superiores a la reales..." del parágrafo del artículo 10 del Decreto reglamentario número 3834 de 1985. También solicitó su suspensión provisional, todo con base en la afirmación de que dichas normas violan las disposiciones que reglamentan los artículos 13, 14 y 15 del Decreto extraordinario número 3410 del 14 de diciembre de 1983, en cuanto establecen condiciones nuevas y adicionales a las previstas en la norma reglamentada para que los contribuyentes queden exonerados de la liquidación de revisión.

Providencia recurrida:

La Sala Unitaria, mediante auto de 17 de febrero de 1987 aceptó la demanda en cuestión y ordenó la suspensión provisional solamente de la parte demandada del ordinal 1º del parágrafo del artículo 10 del Decreto 3834 de 1985. No se pronunció respecto de los otros ordinales cuestionados.

Para llegar a dicha decisión se tuvieron en cuenta los argumentos del demandante, los cuales fueron aceptados, y luego de citar los textos de las disposiciones que se precisan como violadas concluye: "La norma transcrita y a las que se han (sic) hecho *referencia* no contienen la exigencia restrictiva contenida en el numeral 1º del parágrafo del artículo 10 del Decreto reglamentario 3834 del 27 de diciembre 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'*, por cuanto esta restricción no se encuentra en la ley sustantiva que dice reglamentar".

Recurso de súplica:

El señor representante de la Nación, Ministerio de Hacienda, Dirección de Presupuesto, oportunamente interpuso el recurso de súplica contra la anterior providencia y solicitó se levante la suspensión provisional decretada, porque las restricciones establecidas en el parágrafo del artículo 10 del Decreto 3834 del 27 de diciembre de 1985 no se pueden encontrar en el Decreto extraordinario 3410 de 1983, pues ésta no es la norma reglamentada. La norma que reglamenta el decreto demandado es la Ley 50 de 1984, y concretamente, su artículo 18.

Agrega el recurrente que además, las condiciones establecidas en la norma suspendida, son necesarias para evitar que los contribuyentes puedan obtener ilícitamente otros beneficios al quedar su liquidación privada y su declaración de renta en firme, así: Apropiarse de dineros del Estado, recaudados por la retención en la fuente por concepto de costos o deducciones y quedar en su estado de cuenta con saldos a favor en el impuesto sobre la renta y complementarios, mediante la inclusión de retenciones o anticipos inexistentes o superiores a los reales.

Anota además el recurrente que el artículo 10 del Decreto extraordinario 3410 de 1983 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de junio de 1986.

Consideraciones de la Sala:

A juicio de la Sala, el punto en cuestión, debe resolverse a la luz de las siguientes normas:

1º *Ley 9ª de 1983: Artículo 66:*

"*Artículo 66.* El Gobierno podrá señalar, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de vigencia de la presente ley, condiciones y cuantías para el cumplimiento de la obligación de firmar la declaración tributaria por contador público o revisor fiscal, cuando se trate de

contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad y para la obligación de identificar las personas de las cuales se devengan los ingresos. En este último caso las cuantías que establezca el Gobierno no podrán ser inferiores a $ 300.000.00 por transacción.

"Así mismo podrá señalar, dentro del mismo lapso, la información que deba suministrarse con la declaración tributaria".

En ejercicio de las facultades concedidas en dicha norma al Gobierno, éste expidió el

2º *Decreto extraordinario 3410 de 1983.*

Este Decreto extraordinario desarrolló lo previsto en el citado artículo 66 de la Ley 9ª de 1983, para los efectos de interés en el presente asunto, en los siguientes términos:

"Artículo 10. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que en su liquidación privada se autoliquiden un impuesto a cargo por concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio, que supere en el porcentaje que se indica en este artículo, el impuesto a cargo por los mismos conceptos que figure en su liquidación privada del año gravable inmediatamente anterior, estarán exonerados de presentar la información tributaria exigida en el presente Decreto, con excepción de la contenida en los siguientes artículos del mismo:

"1. La solicitada en el numeral 1º del artículo 1º.

"2. La solicitada en el numeral 3º del artículo 1º, en cuanto se refiera a pagos que constituyan costo o deducción efectuados a un mismo beneficiario sobre los cuales no se hubiere practicado retención en la fuente y cuyo valor anual acumulado exceda de doscientos mil pesos ($ 200.000.00).

"3. La solicitada en el numeral 1º del artículo 2º.

"4. La solicitada en el numeral 3º del artículo 2º, en cuanto se refiere a pagos o abonos en cuenta que constituyan costo o deducción efectuados a un mismo beneficiario sobre los cuales no se hubiere practicado retención en la fuente y cuya cuantía individual exceda de trescientos mil pesos ($ 300.000.00).

"5. La solicitada en los literales b y f) del numeral 1º y en los numerales 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 3º.

"El porcentaje a que hace referencia el inciso primero de este artículo será el que se obtenga de aproximar al porcentaje entero más cercano, el resultado de multiplicar 1.2 por el incremento porcentual del índice de precios al consumidor para empleados que corresponde elaborar al Departamento Nacional de Estadística en el período comprendido entre el 1º de julio del respectivo año gravable y la misma fecha del año anterior.

"En el caso de personas jurídicas y sociedades de hecho, para que opere el beneficio consagrado en este artículo, el impuesto a cargo por

concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio que se autoliquiden tales contribuyentes no podrá ser en ningún caso inferior a:

"El 1% de los ingresos netos recibidos por el contribuyente cuando se trate de sociedades anónimas y asimiladas.

"El 0.5% de los ingresos netos recibidos por el contribuyente cuando se trate de sociedades limitadas y asimiladas.

"En el caso de personas naturales y sucesiones ilíquidas, para que opere el beneficio consagrado en este artículo, el impuesto a cargo por concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio que se autoliquiden tales contribuyentes no podrá ser en ningún caso inferior a:

"El 2% de los ingresos netos recibidos por el contribuyente cuando estos se encuentren entre $ 200.000.00 y $ 1.000.000.00.

"El 3% de los ingresos netos recibidos por el contribuyente cuando estos se encuentren entre $ 1.000.0001.00 (sic) y $ 2.000.000.00.

"El 4% de los ingresos netos recibidos por el contribuyente cuando estos se encuentren entre $ 2.000.001.00 y $ 3.000.000.00.

"El 5% de los ingresos netos recibidos por el contribuyente cuando estos sean superiores a $ 3.000.000.00".

"

"Artículo 13. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a llevar libros de contabilidad, cuya declaración de renta e impuesto 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 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.

"Artículo 14. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios no obligados a presentar su declaración de renta suscrita por contador público o 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 sirvió de fundamento al requerimiento especial provenga de una selección basada en programas de computar, elaborados mediante la 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 al 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 comprendido 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 podrá 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 costo 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 concordantes".

Con relación a los artículos transcritos es del caso anotar lo siguiente:

El artículo 10 evidentemente, como lo anota el recurrente, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida el 5 de junio de 1986, por considerar que dicho artículo extralimitó las facultades conferidas por la Ley 9ª de 1983.

Los artículos 13 y 14 arriba transcritos, fueron modificados por la Ley 50 de 1984, tal como ésta expresamente lo establece en su artículo 22.

3º *Ley 50 de 1984:*

Esta Ley en su artículo 18 dispuso:

"*Artículo 18.* Con el fin de estimular el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes, el Gobierno Nacional, en los reglamentos, podrá reducir la información tributaria de la declaración de renta para aquellos contribuyentes que incrementen su tributación en los porcentajes que al respecto se señalen.

"El Gobierno señalará, mediante reglamentos, las condiciones en virtud de las cuales, se garantice a tales contribuyentes que la investigación que da origen a la liquidación de revisión, debe provenir de una selección basada en programas de computador".

El artículo 22 de la citada Ley 50 de 1984 dice:

"*Artículo 22.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, modifica los artículos 10, 13 y 14 del Decreto 3410 de 1983 y deroga el artículo 5º de la Ley 19 de 1976, el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 14 de 1983, y las normas que le sean contrarias".

4º *Decreto 3834 de 1985:*

Este Decreto, que para la Sala es un Decreto reglamentario y que en su enunciación no precisa las normas que lo sustentan, fijó plazos y lugares para la presentación de las declaraciones tributarias para el año gravable de 1985 y dictó otras disposiciones, ordenó en su

"*Artículo 10.* 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 ante-

rior 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 concordantes, 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 deuda 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".

De la lectura cuidadosa de los textos transcritos puede establecerse lo siguiente:

1º Las normas impugnadas forman parte de un decreto reglamentario.

2º Teniendo en cuenta su contenido relacionado con la información tributaria y los casos en los cuales los contribuyentes no pueden ser objeto de liquidación de revisión, la norma reglamentada es la Ley 50 de 1984, la cual expresamente se refiere al tema en cuestión y en su artículo 18 inciso 2º expresa que mediante los reglamentos, el Gobierno señalará las condiciones para los efectos de la liquidación de revisión.

3º La citada Ley 50 de 1984, expresamente modificó los artículos 13 y 14 del Decreto 3410 de 1983, en su artículo 22 y si dichas disposiciones fueron modificadas, no es posible ahora considerarlas como violadas, para afirmar la ilegalidad de normas posteriores y menos para solicitar una suspensión provisional.

4º El artículo 15 también citado como violado tampoco puede invocarse como norma superior violada, ya que dicho artículo se refiere de manera expresa a los artículos 13 y 14, y si ellos fueron modificados, éste también.

5º Así las cosas, si las normas citadas como violadas por los actos cuya suspensión provisional se pide, no se encuentran vigentes por expresa modificación de una ley posterior, no es posible afirmar que haya violación manifiesta como lo exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Es más, es que ni siquiera hay extremo de comparación para establecer la ilegalidad invocada.

En estas condiciones no era procedente decretar la suspensión provisional solicitada y por ello, habrá de revocarse la providencia de Sala Unitaria en la parte que la ordenó.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

Resuelve:

1º Revócase el auto de Sala Unitaria proferido el 17 de febrero de 1987 en cuanto ordena la suspensión provisional del inciso 1º parágrafo del artículo 10 del Decreto 3834 de 1985 en la parte que dice: *"O cuando el contribuyente solicite retenciones, anticipos o saldos a favor, inexistentes o en cuantías superiores a las reales".*

2º En firme esta providencia vuelva el expediente al conductor del proceso para que continúe su trámite.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Hernán Guillermo Aldana Duque.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

AMNISTIA TRIBUTARIA. Ley 75 de 1986.

No se extendió respecto de solicitudes de revocación directa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diez de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1620. Actor: Sofía Regueros De Ladrón de Guevara. Autoridades Nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisionales de los artículos 7º, 8º, 9º y otros del Decreto reglamentario número 260 de febrero 6 de 1987, proferidos por Ministerio de Hacienda. Auto.

En memorial presentado personalmente ante la Secretaría de esta Corporación, doña Sofía Regueros De Ladrón de Guevara, intenta demanda en ejercicio de la acción de nulidad contra los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Decreto 260 de 1987, reglamentario de la Ley 75 de 1986.

Demanda:

Desde el punto de vista formal, la demanda indica las partes, las peticiones o pretensiones a que aspira, los hechos fundamentales de la acción, las disposiciones legales citadas y el concepto de la violación que, en la forma como vienen consignados, implica los fundamentos de derecho de la acción, precisa la competencia y los aspectos relacionados con la notificación de la demanda y la suya propia.

Así las cosas, las exigencias que para dar curso al libelo establece el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, se satisfacen, como se satisface la copia del acto acusado, el cual fue allegado a instancia de la actora por disposición de esta Sala.

Suspensión provisional:

La demandante solicita igualmente la suspensión provisional de las normas acusadas (arts. 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Decreto 260 de 1987), en concepto de que ellas desbordaron la ley reglamentada, al excluir el beneficio de la amnistía tributaria, en ella consagrada, las acciones de revocación directa en curso notificadas antes del 1º de febrero de 1987.

Dice la actora:

"...en cuyo artículo 54 consagró una amnistía en favor de los contribuyentes de impuestos amnistiados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, a quienes se les hubiere notificado antes del 1º de febrero de 1987, cualquier clase de actos administrativos que devinieran en mayores impuestos, en los intereses correspondientes, o en sanciones, exonerándolos de parte de los mayores gravámenes, de las sanciones y de los intereses, condicionando la procedencia de tales beneficios, *única y exclusivamente*, a que los contribuyentes o responsables afectados por tales actos, desistan totalmente de las objeciones, recursos o acciones administrativas y acepten deber el mayor impuesto que surja de tales actos administrativos, o acepten la sanción por libros de contabilidad o inexactitud..., según se lee en el texto legal".

Considera que, de acuerdo con la ley, pueden ampararse en la amnistía no solamente las objeciones a los actos notificados, y los recursos procedentes, sino también las denominadas "acciones administrativas", sin distinción de ninguna clase, por lo que quedaron comprendidas en la ley así reglamentada, las acciones o recursos de revocatoria directa, y aún otra forma cualquiera del ejercicio del derecho constitucional de petición.

Precisa que por el artículo 61 de la Ley 75 de 1986 se concedió amnistía sobre las deudas surgidas de liquidaciones oficiales de impuestos a las ventas a cargo de entidades de derecho público, equivalente al 75% del mayor impuesto liquidado, y del 100% de sanciones e intereses, pese a lo cual el Gobierno, al expedir el acto acusado "ha excluido de tal beneficio en forma ilegal, dicho tipo de acciones administrativas, y concretamente la de revocatoria directa, pues al regular la tramitación de la amnistía mencionada a través de los artículos 7º a 19 del mencionado, (sic) únicamente se refiere a la posibilidad de desistir de las "objeciones" y de los "recursos" ordinarios (reconsideración o reposición) en contra de los actos administrativos correspondientes... e igualmente ha limitado el beneficio en los casos en que no exista un mayor impuesto aunque sí se liquiden sanciones a cargo de los contribuyentes, diferentes de las denominadas genéricamente "por libros de contabilidad" y "por inexactitud en el certificado bimestral del pago de impuesto sobre las ventas".

Estima que así se ha infringido el artículo 54, inciso 1º de la Ley 75 de 1986, infracción que evidencia la ausencia de la expresión "acciones administrativas", del texto del decreto impugnado, con lo cual cree que se limitó el beneficio de la amnistía concedida, exclusivamente a las objeciones y a los recursos de reposición y reconsideración, lo cual se halla en contradicción con lo que muestra la historia legislativa de la norma reglamentada, que prueba que el legislador sí quiso amparar con la amnistía los recursos de revocatoria directa, ya que el artículo 54 del proyecto del Gobierno fue inicialmente adicionado con un parágrafo 4º, "conforme al cual expresamente se quiso, en el pliego de modificaciones, excluir específicamente a las acciones mencionadas, al decirse allí:

" '*Parágrafo 4º* Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a las solicitudes de revocatoria directa'.

"Sin embargo, continúa la actora, 'en la ponencia para segundo debate, se eliminó el parágrafo mencionado, restableciéndose así la amnistía sobre las revocatorias directas y sobre cualquier otro tipo de acciones en forma general'.

"Estima también ilegal el artículo 17 del Decreto 260 de 1987, pues al determinar que no habrá lugar a la amnistía cuando del acto amnistiado no surja un mayor impuesto a cargo del contribuyente", rebasó el marco legal (art. 54 de la Ley 75 de 1986).

Al disponer la ley que procede la exoneración "de parte del mayor impuesto aceptado y de las *sanciones e intereses* correspondientes o de parte de la sanción aceptada y los intereses correspondientes según el caso (inciso 1º, art. 54, Ley 75 de 1986)", el decreto limitó su alcance, sin fundamento jurídico.

Como la ley consagró la amnistía, para impuestos, sanciones e intereses, el decreto al precisar que la amnistía procede cuando no surja mayor impuesto, restringió el alcance legal, pues aquella no tendría lugar en caso de liquidarse sólo una sanción y no un mayor impuesto.

Pero añade, que tal evento podría evitarse con la interpretación correcta del reglamento en el sentido de que cuando no exista mayor impuesto, el presupuesto de pagar una parte del impuesto desaparece, no siendo exigible, "interpretación ahí sí armónica con el espíritu del legislador, y con el texto mismo de la norma..."

Igual infracción denuncia en relación con las entidades públicas amnistiadas por el artículo 61 de la ley, en cuanto a las deudas que tuvieran a la fecha de publicación de la ley por concepto de liquidaciones oficiales en el impuesto sobre ventas, pues si las mentadas entidades no tuvieren mayor impuesto que pagar, sino sólo sanciones o intereses, la limitación que halla en el artículo 17 del Decreto reglamentario les impediría gozar del beneficio legal, consistente en el 100% del valor de sanciones e intereses.

El artículo 54 de la Ley 75 de 1986 previene que los contribuyentes de impuestos de competencia de la División General de Impuestos Nacionales a quienes se les haya notificado o se les notifique antes del 1º de febrero de 1987, traslado de cargos, requerimiento especial, acto de determinación del gravamen, resoluciones de sanción por libros de contabilidad o por inexactitud del certificado bimestral de pago del impuesto sobre las ventas, y desistan totalmente de las objeciones, recursos o acciones administrativas y acepten deber el mayor impuesto que surja de tales actos administrativos o acepten la sanción por libros de contabilidad o inexactitud quedarán exonerados de parte del mayor impuesto aceptado y de las sanciones e intereses correspondientes o de parte de la sanción aceptada y de los intereses correspondientes según el caso.

Los artículos demandados por la actora no se refieren *prima facie* a la circunstancia de que para gozar de la amnistía de liquida-

ciones de revisión y aforo, o a la amnistía de prescripción de ingresos en el impuesto de ventas, o a la amnistía de recursos, o a la amnistía por inexactitud del certificado bimestral de pago, o a la amnistía de sanción por libros, y en general a la amnistía de recursos en términos de caducidad, los interesados podían gozar de ella aun si se trata de decisiones de la Administración pronunciadas respecto de los recursos de la llamada revocación directa de los actos administrativos.

En efecto las condiciones establecidas en los artículos 7º que contempla en su numeral 1º la obligación de presentar antes del 1º de mayo de 1987 ante la Oficina de Recursos Jurídicos del Plan de Amnistía de la Administración de Impuestos Nacionales correspondiente a un memorial por medio del cual desistan totalmente de las objeciones a los actos de liquidación oficial de revisión o de aforo, ni el artículo 8º, ni el 9º, que exigen, en concreto a las liquidaciones de aforo sobre impuesto, presentar antes del 1º de mayo de 1987 un memorial por medio del cual desistan de las objeciones con tal liquidación, ni el 10, que en materia de amnistía de recursos prescribe que para gozar de la amnistía se debe presentar antes del 1º de mayo de 1987 un memorial por medio del cual desistan de los recursos y acepten definitivamente la liquidación en la respectiva liquidación, así como tampoco el artículo 11 según el cual para gozar de la amnistía de la liquidación oficial de declaración bimestral de pago en materia de impuesto a las ventas se debe presentar antes del 1º de mayo del año 1987 ante la Oficina competente un memorial por medio del cual desistan de cualquier acción o recurso y acepten la corrección por inexactitud, ni los artículos, que se refieren a la amnistía por sanción por libros, ni el 16 que se refiere a la amnistía de recursos y fenece de los términos de caducidad, habían de la [illegible] tas propuestas [illegible]

En tales circunstancias, y dado que el artículo 11 de la ley no lo menciona, ni el recurso ni la [illegible] interpuesta en vía gubernativa o revocación directa de los actos administrativos a que alude aquella en principio dentro del concepto de [illegible] procedente despachar, por este aspecto, favorablemente, la petición de suspensión provisional de los actos demandados, los artículos que se han dejado citados.

El artículo 61 de la ley 75 de 1987 establece que las entidades del sector público que a la fecha de publicación de la presente ley tengan deudas por concepto de [illegible] en el impuesto sobre las ventas podrán cancelarlas en [illegible] y cancelen dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la promulgación de la ley, el veinticinco por ciento (25%) del impuesto adeudado, sin incluir sanciones ni intereses.

Lo dispuesto en este artículo se refiere al impuesto a las deudas que tengan tales empresas por [illegible] oficiales que se encuentren recurridas en [illegible] del Código Administrativo.

Este artículo lo considera la norma desconocida por el artículo 17 del Decreto impugnado, según el cual para los fines de la amnistía de

impugnaciones de requerimientos y liquidaciones oficiales de impuestos de rentas y complementarios, y ventas, contemplados en este decreto, se tendrá como mayor impuesto generado por el requerimiento especial mayor impuesto liquidado por la administración, la suma que corresponda a la diferencia entre el impuesto a cargo señalado en la respectiva liquidación privada o la efectuada para recurrir y el impuesto a cargo que se generaría en la liquidación oficial o que se haya determinado en la misma, o en la resolución de presunción de ingresos, cuando sea el caso. Por consiguiente no habrá lugar a la amnistía cuando del acto amnistiado no surja un mayor impuesto a cargo del contribuyente, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 15 del presente decreto.

Como se establece a primera vista, el artículo 61 en ningún momento menciona el derecho a la amnistía, o exoneración de la obligación de pagar deudas por concepto de liquidaciones oficiales en el impuesto de las ventas en lo relativo a las sanciones e intereses, como lo pretende la actora. A primera vista no aparece entonces que exista una notable y manifiesta contradicción entre el artículo 61 citado y el artículo 17 que sigue.

Por lo demás el artículo 54, ya transcrito en lo pertinente, parece violado por la frase final del artículo 17, según la cual, por consiguiente no habrá lugar a la amnistía cuando del acto amnistiado no surja un mayor impuesto a cargo del contribuyente, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 15 del presente decreto.

Como la petición de suspensión provisional no hace el análisis de los efectos de esta remisión, no es ostensible la violación manifiesta que la actora encuentra por parte del artículo 17 del Decreto comentado respecto del artículo 54, toda vez que el artículo 13 dispone que habrá amnistía de sanción por libros, y así mismo el artículo 14 previene que los contribuyentes de los impuestos a que esa norma se refiere que hubieren estado en término legal para interponer recursos contra resoluciones que impongan sanción por libros de contabilidad o liquidaciones de revisión que sin fijar un mayor impuesto impongan sanción por libros, notificadas con anterioridad al 1º de febrero de 1987, quedarán exonerados del cincuenta por ciento (50%) de la sanción por libros y de la totalidad de los intereses correspondientes siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos.

Lo cual está indicando que aisladamente considerado el artículo 17 del Decreto reglamentario no puede confrontarse en su totalidad con las normas legales que se creen infringidas, por falta de integración de la totalidad jurídica que debe ser objeto de la confrontación con el texto legal superior. En estas condiciones no es posible entonces, determinar la violación manifiesta por parte de las normas reglamentarias de las normas legales superiores en la forma como fue propuesta en la demanda.

En consecuencia, se dispone: Admítese la anterior.

1º Notifíquese personalmente al señor Director General de Impuestos Nacionales o su Delegado.

2º Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

3º Cumplido lo anterior, fíjese en lista por el término de diez (10) días, para que los demandados y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

4º No se accede a decretar la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernán Guillermo Aldana Duque.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PURGA DE ILEGALIDAD "SUPERVENCION O SUPERLEGALIZACION". Concepto. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS DEL ORDEN NACIONAL. CONTRATOS DE OBRAS, DE SUMINISTRO DE MATERIALES Y DE PRESTACION DE SERVICIOS QUE ABARQUEN MAS DE UN AÑO. Requieren aprobación previa por parte de la Dirección General de Presupuesto y del Departamento Nacional de Planeación (Ley 112 de 1985). FALLO INHIBITORIO POR SUSTRACCION DE MATERIA EN RAZON DE PURGA DE LA ILEGALIDAD.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: Doctor Luis Miguel Quiñones F., Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 342. Actor: Jorge Gómez Pinzón.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado entra a decidir el proceso en referencia, iniciado con la demanda propuesta por el ciudadano Jorge Gómez Pinzón en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, contra el Decreto número 1210 de 22 de mayo de 1984, proferido por el Presidente de la República con las firmas de sus Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Jefe del Departamento Nacional de Planeación, "en uso de las facultades que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política" y "por el cual se complementa un procedimiento para el registro de contratos que comprometan vigencias fiscales futuras con cargo al Presupuesto de Gastos de Inversión del Presupuesto General de la Nación".

Consideraciones:

Alega en su demanda el actor que el acto administrativo acusado está violando los artículos 18 a 24 del Decreto-ley 294 de 1973 y 5º del Decreto extraordinario 1050 de 1968 y como reputa que tal quebranto es ostensible, en el mismo libelo y también en escrito separado impetra la declaratoria de suspensión provisional correspondiente.

En el auto admisorio de la demanda y al hallar el Consejero ponente que se daban los requisitos legales para decretar la medida precautelativa extraordinaria, así lo dispuso en tal proveído (V. fls. 16 a 22).

Satisfechas las notificaciones y comunicaciones pertinentes, ha de observarse que la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no constituyó apoderado ni contestó la demanda; que el Secretario General del Departamento Nacional de Planeación comunicó en oficio de 11 de septiembre de 1986 (fl. 30) que allí "no reposa ningún antecedente administrativo"; que en la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, según oficio de 22 de septiembre de 1986 (fl. 34), no se encontraron más antecedentes administrativos que un breve oficio enviado por el Secretario General del Ministerio de Hacienda y C. P. al Secretario Jurídico, de fecha mayo 17 de 1984, en el que se enuncia como anexo un proyecto de decreto sobre el tema del acto acusado (fls. 33 y 34); y que a folios 30 a 32 obra un oficio de 19 de septiembre de 1986 enviado al Consejo de Estado por el Director General del Presupuesto, del Ministerio de Hacienda, en donde se trata de justificar el decreto acusado dada "la necesidad de contar con un control en la programación presupuestal de la inversión pública de los establecimientos públicos", sin que se aluda a la Ley 112 de 1985 ni al Decreto 3744 de 1985.

Dentro del término legal de traslado a las partes para alegar de conclusión, todas guardaron silencio.

A folios 48-49 aparece un escrito del actor en donde éste solicita se decrete la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 17 del Decreto 3720 de 23 de diciembre de 1986, por reproducir, aunque no textualmente, el Decreto 1210 de 1984, suspendido provisionalmente mediante el auto admisorio de la demanda.

Esta segunda solicitud de suspensión provisional fue desatada negativamente para el peticionario por auto de 30 de abril del año en curso (fls. 54 y 55), en donde se expresó:

"Mediante la Ley número 112 de 1985, sancionada por el Presidente de la República el 13 de diciembre y con vigencia a partir del 1º de enero de 1986', según manda su artículo 62, el Congreso Nacional expidió las normas correspondientes sobre 'Presupuesto de rentas, recursos y gastos de los Establecimientos Públicos Nacionales', en cuyo artículo 54 el legislador ordinario dispone expresamente:

"Cuando los establecimientos públicos nacionales, deban suscribir contratos de obras, suministro de materiales o prestación de servicios, que abarquen más de un año fiscal, se sujetarán a la aprobación previa de la Dirección General del Presupuesto y del Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 161 del Decreto extraordinario 294 de 1973 y del Decreto 1210 de 1984".

"Esta disposición acabada de transcribir no solamente determina en forma precisa lo que, sin apoyo legal ciertos, disponía el Decreto 1210 de 1984 que fue materia de la medida preventiva suspensiva decretada por este Despacho en el auto del 22 de agosto de 1986, sino que dio pleno respaldo legal y expreso a dicho Decreto 1210 de 1984. Además, la inserta norma legal 54 fue materia de inclusión expresa e íntegra, *pedem litterae*, en el artículo 62 del Decreto número 3744 de fecha 19 de diciembre de 1985, que 'rige a partir del 1º de enero de 1986', conforme lo previene su artículo 71".

"Dadas las anteriores y clarísimas circunstancias, se evidencia que la aprobación previa por parte de la Dirección General del Presupuesto y del Departamento Nacional de Planeación respecto de los contratos de obras, de suministro de materiales, y de prestación de servicios que hayan de suscribir los establecimientos públicos del orden nacional y que abarquen más de un año fiscal, tiene ahora pleno y expreso fundamento legal, por lo cuál no puede predicarse la transgresión alegada por el demandante con relación al Decreto 3720 de 1986 y, por ende, tampoco podrá ordenarse la suspensión automática impetrada".

En su vista de fondo el Fiscal Primero de la Corporación conceptúa que se debe acceder a las pretensiones del demandante y en efecto declarar la nulidad del Decreto 1210 de 1984.

En este proceso, pues, ha ocurrido en síntesis lo siguiente:

a) Para la fecha del auto admisorio de la demanda y a la vez declarativo de la suspensión provisional del acto administrativo atacado (22 de agosto de 1986), por insucesos harto sabidos el Consejo de Estado carecía de Biblioteca y por ende de compilación de leyes y decretos y se desconocía la existencia tanto de la Ley 112 de 1985 como del Decreto 3744 también de 1985;

b) Dada la situación acabada de anotar, para el Consejero ponente el acto administrativo acusado resultaba ostensiblemente violatorio de las normas superiores esgrimidas por el actor, por lo cual, además de admitir la demanda, suspendió los efectos del acto demandado, el Decreto 1210 de 1984;

c) Sin embargo, ya en conocimiento de la Ley 112 y del Decreto 3744 aludidos, al decidir sobre la segunda solicitud de suspensión provisional, como arriba se indicó, no se accedió a decretar la medida cautelar por las clarísimas razones aducidas en el correspondiente proveído, de 30 de abril de 1987 y que en parte se dejó transcrita atrás;

d) Esta situación especialísima contemplada y explicada en dicho auto de 30 de abril pasado apareja o refleja justamente el fenómeno jurídico de la llamada "supervención" o aparecimiento de nuevo derecho, esto es, la legalización de lo que antes era ilegal, la institucionalización de lo que otrora contrariaba el ordenamiento jurídico o la constitucionalidad sobreviniente que dice la Corte Suprema, equivalente a la superlegalización, para usar el giro tan caro a Maurice Hauriou, de lo que estaba afectado de inconstitucionalidad, en fin, la adecuación o acoplamiento al esquema legal;

e) Tal supervención obedece a doble razón: A que el Decreto 1210 de 1984, que sin duda desde su expedición hasta la entrada en vigencia de la Ley 112 de 1985 acusaba ostensible quebranto de normas superiores, obtuvo una doble "legalización": Por cuanto el artículo 54 de tal Ley 112, antes transcrito, no solamente dispone, aunque no con los mismos voquibles, lo estatuido por el Decreto 1210 de 1984, sino que además remata expresando: "...de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 161 del Decreto extraordinario 294 de 1973 y del Decreto 1210 de 1984";

f) En consecuencia, para el 23 de abril de 1986, fecha de presentación de la demanda en referencia (V. fl. 6), el Decreto reglamentario número 1210 de 1984 se encontraba perfectamente legalizado y ajustado al orden jurídico desde hacía muchos días.

Las precedentes consideraciones son determinantes para que esta Sala profiera fallo inhibitorio, dada la evidente substracción de materia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, por su Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, separándose de su colaborador del Ministerio Público,

Resuelve:

Primero. Declárase inhibido para pronunciarse en el fondo del asunto planteado, por substracción de materia.

Segundo. Revocar la suspensión provisional del Decreto número 1210 de 1984, decretada por el ordinal 3º del auto de 22 de agosto de 1986.

Tercero. Comunicar esta decisión al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia.

Archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DIRECCION NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR:

La necesidad de conceptos favorables por parte de ésta, para la exclusión de impuestos de un asociado, impuesto que no es legal (NULIDAD).

CONVOCATORIA PARA ASAMBLEA DE ASOCIADOS. La Dirección la puede solicitar.

FACULTAD SUSPENSIVA DE REUNIONES ORDINARIAS O EXTRAORDINARIAS DE ESTA ASAMBLEA. No es facultad legal de la Dirección.

VULNERA LA LEY LA FACULTAD DADA A LA DIRECCION DE LA DESIGNACION DEL LIQUIDADOR O DEPOSITARIO DE LOS BIENES DE LA ASOCIACION. Ley 23 de 1982.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: Doctor Luis Miguel Quiñones F., Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 184. Actor: Asociación Colombiana de Autores y Compositores, ACDAYC.

En acción pública de nulidad acude a esta Corporación mediante apoderado la Asociación Colombiana de Autores y Compositores, ACDAYC, contra los siguientes artículos del Decreto reglamentario número 3116 de 21 de diciembre de 1984: 60, 64 y 99, en su integridad; la parte del artículo 23 que dice: "...por la Dirección Nacional del Derecho de Autor y..." y la parte del artículo 63 que expresa: "...o la Dirección Nacional del Derecho de Autor".

Por tratarse de una acción pública y aunque el poder respectivo solamente se refiere a las citadas normas, se admitió la demanda que incluye dentro de las pretensiones la declaratoria de nulidad de la parte del artículo 98 del mismo Decreto 3116 que dice: "...En la misma providencia se designará liquidador y/o depositario de los bienes y se fijará la caución de administración y manejo, quedando obligado a presentar los informes que solicite la citada dependencia".

I. Pretensiones:

La declaratoria de nulidad impetrada por la actora se fundamenta en que con la expedición de las disposiciones acusadas el Gobierno Nacional está quebrantando los artículos 44 y 120-3 de la Constitución Política y 161, 217, 218 y 277 de la Ley 23 de 1982, reglamentada parcialmente por el Decreto 3116 de 1984. El quebranto a las normas superiores lo centra la entidad demandante en el cargo fundamental de haberse excedido el Gobierno Nacional en el uso de su facultad reglamentaria, esto es, en la extralimitación de la potestad reglamentaria que le confiere la Carta Constitucional.

En el mismo libelo de demanda impetró la actora la *suspensión provisional* de los efectos de los artículos atacados, solicitud que fue *denegada* al no ajustarse la petición a las exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo sobre violación ostensible resultante del simple cotejo a que alude esta norma (V. auto de fls 45 a 47).

Mediante auto viable al folio 69 fueron decretadas las *pruebas* solicitadas por la actora en su demanda, junto con otras pedidas con posterioridad.

Dentro del término legal alegaron de conclusión el apoderado especial del Ministro de Gobierno, como parte *impugnadora* (V. fls. 91 a 106) y la demandante (V. fls. 107 a 109).

A folios 113 a 129 aparece el *concepto de fondo del Fiscal* Primero de la Corporación, quien solicita declarar la nulidad sobre el artículo 64 y parte del 60 y desechar las demás pretensiones de la actora.

Habiéndose observado las ritualidades procedimentales correspondientes, se procede a proferir la sentencia del caso previas las siguientes

II. Consideraciones:

A continuación se procederá a examinar, en su orden, cada uno de los seis artículos atacados, teniendo en cuenta lo que dicen la actora, la impugnadora y el colaborador del Ministerio Público, para rematar con las determinaciones pertinentes.

Artículo 23: "Para que las autoridades expidan las licencias de funcionamiento o renovación, el comprobante o paz y salvo de que trata el artículo 161 de la Ley 23 de 1982, deberá ir firmado y sellado *por la Dirección Nacional del Derecho de Autor* y por quien lo otorga con el sello de gerencia de la respectiva asociación. Este documento tendrá validez por el mismo período de la licencia o renovación y podrá ser otorgado por una cualquiera de las asociaciones legalmente reconocidas" (La destacada es la parte demandada).

El actor dice al respecto que la nulidad de la norma en la parte que acusa obedece a que el Gobierno Nacional se "ha excedido en su facultad reglamentaria al introducir un requisito que no contempla la mencionada Ley 23".

Por su parte, la impugnadora sostiene que el paz y salvo es el mismo comprobante que exige el artículo 161 de la Ley 23 de 1982, establecido en defensa de los intereses de derechos de autor y con miras a que no ocurran fraudes para el usuario, todo lo cual es consecuencia de la facultad de control y vigilancia que la ley le otorga a la Dirección Nacional del Derecho de Autor.

A su turno, el colaborador del Ministerio Público apunta sobre el particular que la firma y sello de la Dirección Nacional del Derecho de Autor es un requisito que "en el fondo no es cosa distinta que la concreción práctica que la misma Ley 23 citada le asignó a tal Dirección", conforme al artículo 253 de la mencionada ley y concluye pidiendo se rechacen las peticiones del demandante.

Es verdad que la Ley 23 de 1982 en su artículo 253 crea y le asigna a la Dirección Nacional del Derecho de Autor la función de vigilar el cumplimiento de estatuto y que el precepto 231 dispone que las asociaciones de autores deben sujetarse a la inspección y vigilancia de tal Dirección. Pero al respecto se observa paralelamente que, por una parte, la ley no ha determinado precisa y específicamente en qué consiste dicha función de "inspección y vigilancia" de la Dirección Nacional del Derecho de Autor; y, de otra parte, sin duda la esencial para este cargo específico que formula el actor, el artículo 161 de la ley, reglamentado por el 23 del decreto acusado, en ninguna forma, ni directa ni indirectamente determina que el comprobante o paz y salvo tenga que ir firmado y sellado por la Dirección Nacional aludida. De suerte que la parte demandada de dicho artículo 23 del reglamento claramente quebranta tanto el mencionado artículo 161 de la Ley 23, como el canon 120-3 de la Constitución Política, toda vez que al ejercer la potestad reglamentaria el Presidente de la República no puede exceder o desbordar la norma reglamentada, ni reducir o restringir sus alcances. La transgresión de las normas superiores en que aquí ha incurrido el Presidente en su ejercicio reglamentario radica, pues, en el claro exceso de tal potestad. Por ende, prospera el cargo.

Artículo 60: "Para que proceda la exclusión de un asociado se requiere concepto favorable de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, dependencia que comprobará los motivos, teniendo en cuenta las pruebas aportadas por la Asociación y podrá solicitar la exclusión cuando compruebe que las obras han dejado de ser explotadas o utilizadas".

En cuanto hace a esta disposición, que se ataca en su integridad, la parte actora funda su pretensión en que el Ejecutivo Nacional "excedió igualmente la facultad constitucional al reglamentar el artículo 216 de la Ley 23 de 1982", por haber introducido "un requisito" que no figura en la disposición reglamentada, al decir el artículo 60: "...para que proceda la exclusión de un asociado se requiere concepto favorable de la Dirección Nacional del Derecho de Autor..."

A su vez expresa el apoderado de la parte impugnadora que el aspecto de la exclusión no viola la ley ni excede la potestad reglamentaria, ya que "no es la Dirección la que define si procede o no la exclusión de un afiliado" sino a la respectiva asociación libre y expon-

táneamente, conforme al artículo 58 del Decreto. Agrega que lo que el actor señala como requisito, solamente consiste en un "concepto favorable" de la Dirección.

Por su parte el Fiscal doctor Cajiao conceptúa que al haber dispuesto la Ley 23 en su artículo 217, reglamentado por el precepto 60 del Decreto 3116, que son los asociados quienes deben materializar en los estatutos el retiro de los socios y "los casos de expulsión y suspensión de los derechos sociales", entonces dicho artículo 60 resulta, por este aspecto, violatorio de la norma reglamentada, al consagrar "como requisito para que proceda la exclusión de un asociado el concepto favorable de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, por constituir una injerencia indebida de esa Dirección en el manejo interno de la Asociación que por principio constitucional le corresponde a los asociados". Sin embargo, como la Ley 23 consagró como causal para que un asociado deje de formar parte de la respectiva asociación que sus obras estén fuera de uso o explotación, entonces "a este respecto se considera que a través de la norma reglamentaria y con el fin de dar cumplimiento a la Ley 23 citada, como lo prevé el artículo 253 de la misma, sí es jurídicamente viable que en desarrollo de la potestad reglamentaria se haya atribuido a la Dirección Nacional del Derecho de Autor la posibilidad de solicitar la exclusión de un asociado cuando se compruebe que sus obras han dejado de ser explotadas o utilizadas pues esta causal la prevé la norma jerárquicamente superior y la reglamentaria simplemente la está desarrollando". Y para rematar expresa que "este Despacho conceptúa que debe declararse la nulidad parcial del artículo 60 del Decreto 3116 de 1984, en lo que tiene que ver con el concepto de la Dirección y dejarlo vigente en cuanto esta última puede solicitar la exclusión del asociado cuando se dé la causal consagrada en el artículo 217 de la Ley 23 de 1982".

La Sala considera que para el cabal entendimiento y consecuente estudio de la disposición atacada, precisa aclarar inicialmente que el artículo 60 del Decreto 3116 de 1984 contiene o se compone de dos partes diferentes, aunque coincidentes en cuanto a la intervención que allí estatuye respecto de la Dirección Nacional del Derecho de Autor: La primera parte, que tiene que ver con el concepto favorable de tal repartimiento o dependencia administrativa para la exclusión de un asociado, cobija todo lo siguiente: "Para que proceda la exclusión de un asociado se requiere concepto favorable de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, dependencia que comprobará los motivos, teniendo en cuenta las pruebas aportadas por la asociación". Hasta aquí, pues, la primera parte de la norma. Y la segunda parte es la restante, la inmediatamente siguiente, sin que exista separación alguna, ni siquiera por un signo de puntuación, y dice: "Y podrá solicitar la exclusión cuando compruebe que las obras han dejado de ser explotadas o utlizadas". Obviamente esta segunda parte se está refiriendo también a la Dirección Nacional del Derecho de Autor al darle la facultad o poder de solicitar la *exclusión* de un asociado después de que haya comprobado la inexplotación e inutilización de la o las obras correspondientes. Quizás el artículo 60 atacado se encuentra mal redactado y en ello radica la circunstancia de que el colaborador del Ministerio Público no especifique precisamente, con la transcripción del caso, qué parte de la norma reputa ilegal y qué porción ajustada a la ley,

pues resulta imposible hacerlo sin dejar coja la disposición, dada la forma como se redactó.

En parte concuerda la Sala con la vista fiscal, por lo cual juzga menester sentar estas precisiones:

El artículo 60 acusado está reglamentando al precepto número 217 de la Ley 23 de 1982 y no al precepto 216 que erradamente indica el accionante. Dice lo siguiente el numeral 1 de dicho artículo 217:

"Las asociaciones de autores se organizarán y funcionarán conforme a las siguientes normas:

1. Admitirán como socios a los autores que lo soliciten y que acrediten debidamente su calidad de tales en la respectiva rama y que sus obras se exploten o utilicen en los términos de la presente ley.

Dejarán de formar parte de una asociación las personas que sean titulares de obras fuera de uso o explotación. Los estatutos determinarán la forma y condiciones de su retiro de la asociación y así mismo los casos de expulsión y suspensión de los derechos sociales" (Se ha destacado).

En ninguna parte la Ley 23 establece o faculta a la Dirección Nacional del Derecho de Autor para que emita concepto favorable como indispensable para que sea procedente la *exclusión* de un asociado, como con clara extralimitación de la potestad reglamentaria lo dice el artículo 60 atacado, artículo que además habla por dos veces de "*exclusión*" de un asociado, en tanto que la Ley 23, en su artículo 217, determina que los estatutos de la asociación fijarán o señalarán las formalidades y condiciones "de su *retiro* de la asociación", parejamente con "los casos de *expulsión y suspensión de los derechos sociales*". Aunque lógicamente parece ser que la ley ha debido hablar de "exclusión y suspensión de los derechos sociales", lo cierto es que expresamente habla de "los casos de expulsión y suspensión" de tales derechos. La exclusión de que trata el artículo 60 es, pues, ajena a la ley reglamentada, la cual tampoco faculta a la Dirección Nacional del Derecho de Autor para que solicite o no "la exclusión (de un asociado) cuando compruebe que las obras han dejado de ser explotadas o utilizadas".

Siendo, como se deja visto, que la ley (art. 217) establece que en los estatutos correspondientes de las asociaciones se determinarán la forma y condiciones de retiro de un asociado, lo mismo que los casos de expulsión y suspensión de los derechos sociales, sin que prevea para nada la intromisión de la Dirección Nacional del Derecho de Autor en la forma como lo estatuye el artículo 60 atacado, éste debe caer bajo la nulidad impetrada por el demandante, al haber sido emitido por el Gobierno Nacional con franco desbordamiento de su potestad reglamentaria.

Artículo 63: "La convocatoria para reuniones de asamblea ordinaria, será ordenada por el Gerente de la asociación y en forma extraordinaria cuando lo determinen los estatutos, lo solicite por lo menos una tercera parte de sus asociados, el Gerente de la Asociación *o la Dirección Nacional del Derecho de Autor*" (Esta últimamente subrayada es la parte del artículo materia de la demanda).

Según el demandante, la parte acusada de este artículo viola el precepto 120-3 de la Carta Fundamental puesto que excede la potestad reglamentaria, dado que el artículo 218 de la Ley 23, reglamentado por el transcrito artículo 63, no contempla el nuevo requisito establecido por el acto acusado. Permitir que la asamblea extraordinaria sea convocada cuando lo solicite la Dirección Nacional del Derecho de Autor sería admitir una intromisión arbitraria contra la autonomía de las asociaciones.

El mandatario judicial de la parte impugnadora dice que bajo ningún aspecto el acto acusado excede la potestad reglamentaria, quebranta la autonomía de las asociaciones o viola norma superior. Dice además que es diferente "solicitar" a "ordenar" o "convocar".

En sentir del Fiscal Primero, el actor le da a la norma una interpretación que no se ajusta a la letra de la misma, ya que la Dirección no convoca directamente a asamblea extraordinaria, sino simplemente solicita para que el representante de la asociación haga o se niegue a hacer la convocatoria, con lo cual no se transgrede la ley y en cambio sí se cumplen las funciones que para la ejecución y vigilancia del cumplimiento de la Ley 23 otorga ésta a la Dirección Nacional del Derecho de Autor, por lo cual solicita no acceder a las peticiones del actor.

Por las razones que se apuntan a continuación, la Sala comparte la conclusión de su colaborador del Ministerio Público en el sentido de no acceder a las peticiones del actor y desechar el cargo sobre este artículo 63 atacado. En efecto, los siguientes artículos de la Ley 23 de 1982 expresan:

Artículo 212: "El reconocimiento de la personería jurídica de estas asociaciones (de autores) será conferido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, la que podrá fiscalizar su funcionamiento".

Artículo 218: "La Asamblea será el órgano supremo de la asociación..."

Artículo 228: "Los estatutos que aprueben las asociaciones de autores en asamblea general, se someterán al control de legalidad ante la autoridad competente.

Una vez revisados y hallados acordes con la ley, se ordenará su registro y se procederá al reconocimiento de la personería jurídica, mediante resolución".

Artículo 229: "Solamente podrán tenerse como asociaciones de autores y ejercer las atribuciones que esta ley señala, las constituidas y registradas conforme a las disposiciones de la misma".

Artículo 231: "Las asociaciones de autores deben ajustarse en el ejercicio y cumplimiento de sus funciones y atribuciones a las normas de este Capítulo hallándose sometida a la inspección y vigilancia de la autoridad competente".

Siendo así que, de conformidad con los artículos de la Ley 23 de 1982 acabados de transcribir, la Dirección Nacional del Derecho de Autor o la Dirección Nacional de Derechos de Autor como indistintamente la llama la Ley 23, reconoce la personería jurídica de las

asociaciones de autores y fiscaliza su funcionamiento: Que la asamblea general —ordinaria o extraordinaria— de asociados es el órgano supremo de cada asociación; que los estatutos que aprueben las asociaciones de autores en asamblea general tienen que someterse "al control de legalidad de la autoridad competente", como malamente redactado lo expresa el artículo 228, que "una vez revisados (los estatutos por 'la autoridad competente') y hallados acordes con la ley se ordenará su registro y se procederá al reconocimiento de la personería jurídica, mediante resolución" de dicha "autoridad competente"; que solamente las asociaciones constituidas y registradas conforme a la Ley 23 de 1982 "podrán tenerse como asociaciones de autores y ejercer las atribuciones que esta Ley 23 de 1982 señala"; que dichas asociaciones "deben ajustarse en el ejercicio y cumplimiento de sus funciones y atribuciones a las normas de este Capítulo (XVI, arts. 211 a 231), hallándose sometidas a la inspección y vigilancia de la autoridad competente"; y que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 253 de la Ley 23 de 1982 "la Dirección General del Derecho de Autor es la 'autoridad competente' a que se hace alusión en diferentes partes de esta ley", teniendo en consideración lo anterior, pues, no va en contravía de la Ley 23, ni tampoco contraría el canon 120-3 de la Carta Fundamental y por ende no las quebranta, el hecho de que la supradicha "autoridad competente", esto es, la Dirección Nacional del Derecho de Autor o de Derechos de Autor, como lo establece el artículo 63 del Decreto 3116 de 1984 en la parte acusada, pueda solicitar la convocatoria para realizar asambleas generales extraordinarias de las asociaciones de autores, parejamente con la misma facultad que para el efecto tienen el Gerente de la asociación y la tercera parte de los asociados.

La simple solicitud de convocatoria para asamblea extraordinaria que formule la Dirección Nacional de Derechos de Autor en nada compromete a la asociación ni a la respectiva asamblea de asociados, toda vez que estas tomarán sus determinaciones conforme a la mayoría que para los diferentes asuntos determinen los estatutos. Además, por lo dispuesto en las disposiciones antes transcritas, la Dirección Nacional del Derecho de Autor tiene amplísimas facultades otorgadas por la Ley 23 respecto de las asociaciones de autores, facultades que necesariamente inciden de manera profunda en la vida y desenvolvimiento de las asociaciones y, más aún, desde su misma creación y reconocimiento de personería jurídica.

Ha de recordarse que por regla general todas las Superintendencias gozan en Colombia de la facultad legal de convocar a asambleas de las asociaciones y entidades puestas bajo su vigilancia, justamente para ejercer de tal manera el control que a aquellas les asigna la ley.

En consecuencia, no prospera el cargo endilgado por el actor contra la parte acusada del artículo 63 en cuestionamiento.

Artículo 64: "La Dirección Nacional del Derecho de Autor mediante resolución motivada podrá suspender las sesiones ordinarias o extraordinarias de la asamblea cuando medie justa causa".

El actor le achaca a este artículo, como a todos los demás demandados, estar excediendo la potestad reglamentaria, puesto que los

artículos 218 y 227 de la Ley 23, normas reglamentadas, en ninguna parte facultan a la Dirección Nacional para suspender la reuniones ordinarias o extraordinarias de las asambleas de asociados. Además es tan amplio el requisito de hacer la convocatoria "cuando medie justa causa", que puede fácilmente decretar la suspensión "por capricho o parcialidad con las directivas".

Para el apoderado de la parte impugnadora la facultad de suspensión dada a la Dirección Nacional encaja con la sumisión de las asociaciones de autores a la inspección y vigilancia que compete a tal Dirección, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 23 de 1982. Además al emplear el artículo el término "podrá", significa "que no es imperativo sino dispositivo" (sic).

En cuanto hace al colaborador del Ministerio Público, conceptúa éste que debe prosperar la pretensión de nulidad del actor sobre el artículo 64, puesto que la facultad de suspensión allí consagrada en favor de la Dirección Nacional, la norma superior, la Ley 23 en su artículo 218, la radica en la asamblea, como órgano supremo de la asociación.

Ciertamente, como lo expresa el Fiscal Primero en su concepto de fondo, el artículo 64 del Decreto 3116, acusado por el actor en su integridad, desbordando la potestad reglamentaria otorga a la Dirección Nacional del Derecho de Autor una facultad suspensiva no prevista en la disposición superior reglamentada, como lo es el artículo 218 de la Ley 23 de 1982. Esta disposición establece que "la Asamblea será el órgano supremo de la asociación" y como tal a ella misma compete suspender sus reuniones ordinarias o extraordinarias cuando lo juzgue necesario o pertinente y así lo determine la mayoría de los asociados conforme lo establezcan los estatutos. Si bien es cierto que, como lo dice la impugnadora, las asociaciones de autores deben ajustarse a la ley y someterse a "la inspección y vigilancia de la autoridad competente", según lo disponen los artículos 231 y 253 de la Ley 32 de 1982, "autoridad competente" que no es otra que la Dirección Nacional del Derecho de Autor, tales inspección y vigilancia han de ejercerse de conformidad con lo que disponen la Constitución Política y la Ley 23 de 1982. De suerte que al estar contrariando la Constitución Nacional (art. 120-3) y la Ley 23 de 1982 (arts. 216, 217, 218, 227), prospera el cargo de la actora sobre declaratoria de nulidad del artículo 64 del Decreto 3116, más aún, si, como lo asevera la parte demandante, el giro "cuando medie justa causa" es de vaguedad tan amplia y casi sin parámetros que puedan precisarse, de tal modo que involucra una "abierta" facultad discrecional.

Por último, bajo el mismo cargo, la actora solicita se declare la nulidad de los artículos 98 y 99 del Decreto 3116, que expresan:

Artículo 98: "La Dirección Nacional del Derecho de Autor, mediante resolución motivada, cuando fuere el caso, determinará el término para la liquidación y notificará personalmente a su representante legal, indicando que proceden los recursos de reposición y apelación. *En la misma providencia se designará liquidador y/o depositario de los bienes y se fijará la caución de administración y manejo, quedando obligado a presentar los informes que solicite la*

citada dependencia" (Solamente la subrayada es la parte de la norma materia de acusación).

Artículo 99: "La Dirección Nacional del Derecho de Autor podrá designar a un funcionario de su dependencia como liquidador y/o depositario de los bienes de la asociación, quien no tendrá derecho a remuneración alguna.

Cuando no fuere posible, ésta nombrará a un particular, el cual tendrá derecho a la asignación que se determine en la resolución de nombramiento y con cargo al presupuesto de la asociación".

El cargo conjunto que el actor formula contra la parte subrayada del artículo 98 y el artículo 99 en su integridad que se acaban de transcribir, lo radica en que con ellos se excede la potestad reglamentaria, exceso que consiste "en que el artículo 227 de la Ley 23 de 1982, establece en el literal J que los estatutos de las asociaciones deberán estipular las reglas para la disolución y liquidación" de las asociaciones de autores; además "los citados artículos rebasan las funciones de inspección y vigilancia otorgadas por la ley a la Dirección Nacional del Derecho de Autor", aparte de que "hay obscuridad entre los artículos 98 y 99 (...) por cuanto no se establece en qué casos la Dirección (...) puede nombrar liquidador y/o depositario de los bienes a un funcionario de su dependencia o a un particular".

Por su parte, en síntesis expresa el apoderado de la impugnadora: "Contra este cargo se puede determinar que antes de ir en contra de la facultad adscrita a la Dirección, es de su competencia administrativa y que en ningún momento contraría ni excede lo establecido en el literal j) del artículo 227 de la Ley 23 de 1982".

Respecto de este último cargo bifronte del actor, conceptúa el Agente del Ministerio Público que no porque el artículo 227-J de la Ley 23 prescriba que en los estatutos de las asociaciones se han de consagrar las reglas para disolución y liquidación de estas, puede afirmarse que queda excluida la facultad que tiene el Estado para intervenir sobre el particular a través de la entidad creada al efecto, o sea la Dirección Nacional tantas veces citada. Tal intervención se hace necesaria en un acto tan importante y definitivo de una asociación, como es la etapa de disolución y liquidación del ente, en el cual se va a disponer de los bienes de la asociación. Los artículos 98 y 99 son una herramienta necesaria para que la mencionada Dirección del Derecho de Autor pueda cumplir las funciones básicas que le confirió la Ley 23. Por ello concluye pidiendo se deseche este cargo de la actora.

Tampoco concuerda la Corporación con su colaborador fiscal sobre el enfoque que le da a este cargo dual del demandante.

Así como la creación de una asociación de autores surge espontáneamente del albedrío o libre determinación de voluntades, en igual forma, salvo los casos expresos que la ley determine, la Ley 23 de 1982 dispone que los miembros de una asociación de autores pueden señalar las "reglas para la disolución y liquidación" de la asociación, reglas que necesariamente deben estar contenidas en los respectivos estatutos de acuerdo con la disposición literal j) del artículo 227 de dicha Ley 23.

De suerte que tal libertad o autonomía de los asociados, de entre las pocas libertades que le restan a la persona humana en el cada vez más amplio campo de intervencionismo del Estado moderno, viene a ser recortada, mermada, restringida por la parte acusada del artículo 98 y por el 99, en cuanto estas disposiciones imponen la designación del liquidador o depositario de los bienes de la asociación por parte de la Dirección Nacional de Derechos de Autor en el funcionario de su dependencia o en el particular que indique tal agencia oficial.

Dicho nombramiento o designación del liquidador o del depositario de bienes contraría y necesariamente viola no sólo al artículo 227-J de la Ley 23 de 1982, sino a la Constitución Política en sus preceptos 20, 44 y 120-3, por lo cual ha de resolverse al respecto en forma favorable a las pretensiones del demandante.

Conclusiones:

En consonancia con cuanto se deja expresado, prosperan los cargos formulados por el accionante en lo que se refiere a los artículos 23 (en parte), 60, 64, 98 (en parte) y 99 del Decreto reglamentario número 3116 de 1984. No prospera la acción intentada contra la parte acusada del artículo 63 *ibidem.*

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído su colaborador del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de los siguientes artículos del Decreto reglamentario 3116 de 21 de diciembre de 1984: Sesenta (60), sesenta y cuatro (64) y noventa y nueve (99), en su integridad; del veintitrés (23) en la parte que dice: "...por la Dirección Nacional del Derecho de Autor y..." y de la parte del noventa y ocho (98) que expresa: "...En la misma providencia se designará liquidador y/o depositario de los bienes y se fijará la caución de administración y manejo, quedando obligado a presentar los informes que solicite la citada dependencia".

Segundo. No prosperan las demás pretensiones del actor.

Tercero. Ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría envíese copia de la misma al Ministro de Gobierno, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y a la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

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 once de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

APORTES PARA LA FINANCIACION DE "CAXDAC". CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACION COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES. EMPRESAS APORTANTES.

Definición del Decreto reglamentario 60 de 1973 (de la Ley 32 de 1961).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor Nelson Zuluaga Ramírez.

Referencia: Expediente número 256. Decretos del Gobierno. Actor: Transportes Aéreos Nacionales S. A. "TANA".

La sociedad Transportes Aéreos Nacionales S. A. TANA, actuando a través de apoderado, solicita que previos los trámites legales se hagan las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que son nulos y carentes de efecto alguno los Decretos 3489 de 26 de diciembre de 1980 'por el cual se fija la cuantía y forma de pago del déficit actuarial a cargo de las empresas de servicios aéreos comerciales y a favor de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC y se modifica el Decreto 164 de 1969', 3490 de la misma fecha 'por el cual se fijan los aportes que señala la Ley 32 de 1961 a las empresas nacionales de servicios aéreos comerciales en favor de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC en el período comprendido entre el 1º de mayo de 1978 y el 30 de abril de 1979', y el 3488 de la misma fecha 'por el cual se fijan los aportes que señala la Ley 32 de 1961 a las empresas nacionales de servicios aéreos comerciales, en favor de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC, en el período comprendido entre el 1º de mayo de 1979 y el 30 de abril de 1980', por lo que respecta a la mención que en todos ellos se hace de la compañía 'Transportes Aéreos Nacionales S. A. TANA'.

"*Primera subsidiaria.* En subsidio de la anterior, que son nulos y carentes de efecto alguno los decretos mencionados en el párrafo anterior, en la integridad de sus respectivos textos.

"*Segunda.* A manera de restablecimiento de derecho civil quebrantado por dichos decretos, el honorable Consejo de Estado declarará

que 'Transportes Aéreos Nacionales S. A. TANA' no es deudora bajo ningún concepto, de las sumas mencionadas en dichos decretos".

La demanda:

Refiere el actor que la sociedad demandante fue constituida inicialmente mediante escritura número 5717 de 1971, de la Notaría Séptima de Bogotá, habiendo obtenido permiso de operaciones, según las normas que gobiernan la materia, por parte del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Que en su carácter de "Empresa Aportante" de CAXDAC, según el literal c) del artículo 1º del Decreto 060 de 1973, TANA realizó los aportes a que estaba obligada. Dejó la empresa demandante de tener aviadores civiles a su servicio desde mayo de 1978, habiéndosele por otra parte cancelado el permiso de operaciones según Resolución 4780 de septiembre 13 de 1978, no obstante lo cual el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil continuó relacionando a la compañía como "Empresa Aportante" de CAXDAC, según figura en el Decreto 164 de 30 de enero de 1979 y en los decretos cuya nulidad se demanda. De otro lado, CAXDAC ha continuado enviando a TANA comunicaciones sobre aportes ordinarios y el déficit deficitario anual sobre períodos posteriores a la fecha en que la empresa dejó de tener a su servicio aviadores civiles y además "ha continuado facturando a TANA por concepto de aportes a dicha Caja, a pesar de que ha puntualizado que "por no tener aviadores civiles a su servicio, no procede el suministro de información alguna ni la inclusión de la empresa en los decretos que fijan las cuotas".

Como normas violadas cita el artículo 1º de la Ley 32 de 1961, literal c) del artículo 1º de su Decreto reglamentario número 060 de 1973, artículo 2º del mismo Decreto, Decreto 1815 de 1977 en armonía con la Ley 3ª de 1977, artículo 17 del Decreto 060 de 1973, artículos 259 y 260 del Código del Trabajo y artículos 16, 17, 30 y 32 de la Constitución Nacional.

Impugnación de la demanda:

Se constituyeron en impugnadores tanto la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC "CAXDAC", como el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en sendos escritos cuyas copias obran a folios 198 y siguientes.

Anota la primera de las entidades aludidas, cómo la actora fundamenta su acción en las circunstancias de haber dejado de tener aviadores civiles a su servicio desde mayo de 1978 y habérsele cancelado el permiso de operaciones por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por lo cual ya no tenía el carácter de "Empresa Aportante" de CAXDAC en los términos del Decreto 60 de 1973. Cabe destacar de este alegato los siguientes apartes:

"En desarrollo a lo dispuesto por los artículos 12 y 13 del Decreto reglamentario 60 de 1973, CAXDAC, con la debida oportunidad y antes de que se expidieran los Decretos impugnados, remitió a TANA, mediante las comunicaciones números 051641 de octubre 15 de 1980 —folio 97— y 51654 de octubre 14 de 1980 —folio 78—, los cálculos

actuariales para determinar: a) El déficit actuarial al 3 de abril de 1979; b) Informe y nota técnica sobre los estudios actuariales; c) Cálculo actuarial para determinar la reserva a cargo de TANA al 31 de diciembre de 1978. Estos estudios sirvieron de base para la expedición de los Decretos; 3489 de diciembre 26 de 1980... Mediante este Decreto se fijó el monto del déficit actuarial, en abril 30 de 1979, a cargo de cada una de las empresas de servicios aéreos comerciales, y estableció, en su artículo 2º el valor de la cuota mensual que deberían pagar las empresas afectadas, teniendo como base la reserva necesaria a diciembre 31 de 1978. La reserva para pensión de jubilación a cargo de TANA, por los pilotos que tenía a su servicio, se fijó en la suma de $ 3.220.286.10 como consta en el estudio actuarial —folio 96— que establece esta reserva en diciembre 31 de 1978, en la suma de $ 3.109.654.64 a la que se le agrega el valor de la pensión de jubilación que paga CAXDAC al Capitán Ramón Dussán Reyna, piloto que se pensionó al servicio de TANA, y que hasta la anterior fecha de la reserva ascendía a $ 110.631.46 como lo explicara el profesional que elaboró el estudio actuarial, señor Uladislao Prieto —folio 255— la suma de $ 3.220.286.10, a cargo de TANA, debería cancelarla esta empresa a CAXDAC en cuotas mensuales, dentro del plazo y condiciones señaladas en la tabla contenida en el artículo 1º del citado Decreto.

"3490 de diciembre 26 de 1980... Esta norma se expidió tomando como base la reserva de jubilación, a cargo de las empresas de aviación, en diciembre 31 de 1977 —folios 98 a 106— de los pilotos activos de la compañía fijando a la empresa TANA la suma de $ 62.315.16 para pagar en cuotas mensuales de $ 5.192.93, cada una, que deberían haberse cubierto entre el 1º de mayo de 1978 y el 30 de abril de 1979.

"3488 de diciembre 26 de 1980... Esta norma fue expedida tomando como base las reservas para jubilación, a cargo de las empresas de aviación, en diciembre 31 de 1978 —folios 88 a 96— fijando a la empresa TANA la suma de $ 81.713.86 para pagar en cuotas mensuales de $ 6.809.48, cada una, que deberían cubrirse entre el 1º de mayo de 1979 y el 30 de abril de 1980".

"Como se ve claramente los datos para determinar las reservas jubilatorios, a cargo de las empresas de aviación, que sirvieron de base para establecer el monto de los aportes ordinarios y del déficit actuarial a cargo de las compañías y a favor de CAXDAC, fueron tomadas a diciembre 31 de 1977 y diciembre 31 de 1978, fechas en las cuales la empresa TANA era aportante por mandato de la Ley 32 de 1961 y su Decreto reglamentario 60 de 1973, pues tenía a su servicio pilotos comerciales, estaba obligada a pagar alguna de las prestaciones sociales que le correspondía como patrono (pensión de jubilación) que había asumido CAXDAC y era titular de un permiso de operación expedido por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (literal 'c' del art. 1º del Decreto 60 de 1973).

"Respecto del argumento de la parte actora, de que a la fecha de expedición de los Decretos impugnados, diciembre 26 de 1980, tenía cancelado por Aerocivil su permiso de operaciones..., se desvirtúa por cuanto, como ya se ha explicado suficientemente y consta en los

diferentes folios del proceso, las reservas para la fijación de aportes y déficit actuarial se establecieron con anterioridad a la cancelación del permiso de operaciones. Asunto muy diferente es el hecho de los pagos, por suma ya canceladas, se fueran a efectuar en un período posterior debido a una demora en la elaboración de los estudios actuariales y por ende retraso en la explicación de los respectivos Decretos".

"Argumenta también la parte actora, TANA, que a partir de mayo de 1978 dejó de tener aviadores civiles a su servicio (numeral 7 del Capítulo Hechos Fundamentales de la Acción según la demanda presentada). Este argumento no se puede admitir, pues si bien es cierto en mayo de 1978 liquida parte de sus pilotos, también es cierto que posteriormente a esa fecha fueron liquidados otros pilotos a su servicio como el Capitán Rito Martínez en agosto 5 de 1978 —folio 398— Capitán Jaime Ortega en septiembre 30 de 1978 y Max Camargo Zubiría en enero 30 de 1979 —cuaderno número 5— por lo tanto TANA tenía la obligación legal de constituir reservas para jubilación por los pilotos que tuvo a su servicio en el año de 1978, y trasladar el valor de dichas reservas a CAXDAC como lo establecieron los decretos demandados".

En similares términos está concebido el alegato presentado por la señora apoderada del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil cuya copia obra a folios 209 y siguientes.

Concepto fiscal:

Del estudio de los diferentes elementos de juicio allegados a los autos, concluye el colaborador fiscal:

"1. Que TANA fue 'Empresa Aportante' hasta el día en que quedó en firme la providencia mediante la cual se le canceló el permiso de operación, 14 de diciembre de 1978, sin perjuicio de los aportes que se siguieron causando por los pocos empleados que continuaron laborando para ella como fue el caso del Mayor (r) Marceliano Camargo, quien laboró hasta el día 28 de febrero de 1979 (fl. 137).

"2. Que la forma de cancelar dichos aportes a CAXDAC inevitablemente sufría un retraso por el complejo procedimiento que debían surtir los documentos, pues entre la época en que se causaban los aportes, período anual, y la fecha en que el Gobierno Nacional fijaba los montos de los mismos normalmente transcurría casi un año (fl. 122)".

Destaca luego el contenido de la declaración del señor Uladislao Prieto quien fue la persona encargada de elaborar los cálculos actuariales en los cuales se basaran los actos demandados, declaración que, en su sentir, arroja luces acerca de la "particularidad del proceso que se adelanta para calcular los aportes". Concluye el colaborador fiscal que el dicho de este testigo "que tiene amplio respaldo en otras piezas probatorias, v. gr. folios 162 a 17; 284 a 302, etc., nos permite comprobar que los dineros liquidados, en favor de CAXDAC y a cargo de la empresa TANA, mediante los Decretos demandados corresponde a pensiones de jubilación de los pilotos de TANA causadas con anterioridad a la fecha en que se le canceló la licencia de operación, esto

es, a la fecha hasta la cual dicha sociedad estaba legalmente obligada a aportar a CAXDAC, y que su reconocimiento 'extemporáneo' obedeció al trámite dispendioso que va desde la elaboración de los cálculos actuariales hasta la expedición de los decretos que reconocieron en favor de CAXDAC los tan citados aportes".

De todo lo anterior deduce que "los Decretos 3499, 3489 y 3490 de 1980 fueron legalmente expedidos en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 32 de 1961 y su Decreto reglamentario 60 de 1973, por lo que deben considerarse infundados los cargos de la demanda y, en consecuencia, despacharse desfavorablemente las pretensiones de la misma".

Consideraciones de la Sala:

Como puede apreciarse del texto de los Decretos acusados, números 3488, 3489 y 3490 de 26 de diciembre de 1980, cuyas copias obran a folios 250 y siguientes, mediante el primero se fijó a TANA la suma anual de $ 81.713.86, por concepto de aporte correspondiente al lapso comprendido entre el 1º de mayo de 1979 y el 30 de abril de 1988 para la financiación de CAXDAC; por el segundo se determinó a la misma empresa la suma de $ 3.220.236.10 por concepto de monto del déficit actuarial en 30 de abril de 1979, con el fin de constituir las reservas necesarias para el pago de la pensión de jubilación a sus afiliados; y mediante el último de los actos acusados se fijó a TANA la suma anual de $ 462.315.16 como aporte correspondiente al lapso comprendido entre el 1º de mayo de 1978 y el 30 de abril de 1979 para la financiación de CAXDAC. Tanto el primero como el tercero de los Decretos en cuestión se fundamentan parcialmente en la consideración de que "el Decreto reglamentario 60 de 1973 (de la Ley 32 de 1961), define como Empresa Aportante toda persona natural o jurídica, titular de un permiso de operación expedido por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, con el que se haya autorizado para desarrollar servicios aéreos comerciales de transporte público o de trabajos aéreos especiales, que tengan a su servicio pilotos, copilotos o navegantes y que por ley esté obligada a pagar alguna de las prestaciones sociales que correspondiendo a los patronos, haya asumido la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles 'CAXDAC' ".

Ahora bien, fundamenta TANA básicamente su ataque a lo decidido en los citados actos administrativos en las circunstancias de haber dejado de tener aviadores civiles a su servicio desde mayo de 1978 y habérsele cancelado el permiso de operaciones desde septiembre del mismo año, por lo cual habría perdido el carácter de "Empresa Aportante", habiéndose incurrido por ende en los decretos acusados en quebranto de las normas que gobiernan la materia y en especial del Decreto reglamentario 60 de 1973.

Los elementos de juicio aportados a los autos acreditan que las sumas y cantidades relacionadas en los decretos impugnados corresponden a deudas a cargo de TANA causadas durante los años de 1977 y 1978, es decir, cuando dicha entidad tenía el carácter de "Empresa Aportante" de CAXDAC. Es particularmente ilustrativo al respecto el

testimonio del señor Uladislao Prieto, quien ha sido la persona encargada de elaborar los estudios actuariales de CAXDAC y de las empresas de transporte aéreo afiliada a la misma. Cabe destacar, como lo hizo el señor Fiscal en su concepto de fondo, el siguiente aparte de la declaración, que explica el sentido de los actos acusados:

"Las cuotas anteriormente determinadas en los citados decretos (se refiere el testigo a los Decretos 3490 y 3488 de 1980) corresponde a la causación del servicio prestado por los pilotos durante los años de 1977 y 1978 y por lo tanto a la fecha en que los Decretos fueron emitidos si era una deuda de las empresa aportantes para con CAXDAC por corresponder a períodos que ya habían transcurrido... Si, como el pasivo actuarial que sirve para determinar el déficit actuarial citado en el Decreto 3489 de 1980 fue hecho con base en la situación de servicios prestados por los pilotos hasta el 31 de diciembre de 1978, esa obligación generada constituye una deuda que sigue y seguirá vigente ya que la obligación de pensión de jubilación de los pilotos no desaparece aún en el evento de que alguna de las empresas sea liquidada... Como ya se dijo anteriormente, el déficit actuarial es el resultante de restarle al pasivo actuarial total determinado el valor del fondo de la empresa en poder de CAXDAC en determinado momento. Resulta que el 30 de abril de 1979 el fondo a nombre de TANA en poder de CAXDAC era negativo, es decir, que CAXDAC había hecho ya pagos por concepto de pensiones de jubilación por un monto superior a los aportes que ella ha recibido de TANA, dicho fondo tenía un valor negativo de $ 110.631.46. El valor del pasivo actuarial determinado a 31 de diciembre de 1978, para TANA fue $ 3.109.654.64, el cual incrementado en la deuda que anteriormente citamos de el déficit actuarial de $ 3.220.286.10 a cargo de TANA y citado en el Decreto 3489 de 1980".

De otro lado, el informe que obra a folios 236 y 237, suscrito por la propia empresa demandante acredita que por lo menos dos de sus pilotos continuaron prestando sus servicios a la entidad hasta una fecha posterior al mes de mayo de 1978; Mayor (r) Rito Martínez, hasta agosto 15 de 1978, y Mayor (r) Marcelino Camargo, hasta 28 de febrero de 1979. En tales condiciones, tiene plena validez la afirmación de la parte impugnadora en el sentido de que "TANA tenía la obligación legal de constituir reservas para jubilación por los pilotos que tuvo a su servicio en el año de 1978 y trasladar el valor de dichas reservas a CAXDAC como lo establecieron los decretos demandados".

Las precedentes consideraciones acreditan que la realidad procesal desvirtúa en un todo los fundamentos fácticos y jurídicos alegados por el actor en contra de la legalidad de los decretos impugnados, dando por ende la razón a los impugnadores, lo que impone un fallo desestimatorio de las pretensiones incoadas.

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:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 18 de septiembre de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa; *Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

INTERVENCION EN EL AHORRO PRIVADO. FACULTADES DEL PRESIDENTE (numeral 14 del art. 120 de la Constitución Nacional).

Las facultades de intervención en las actividades de ahorro privado conferidas por dos años en el Acto legislativo 1 de 1979 (art. 63, letra 'i', transitorio), no son iguales a los del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

La inexequibilidad del Acto legislativo 1 de 1979 declarada por la Corte Suprema de Justicia, no implica que en forma automática deban desaparecer los decretos dictados con base en las facultades allí concedidas. Tratándose de un problema de "competencia" el recobro de vigencia del numeral 14 del artículo 120 como consecuencia del fallo de la Corte de noviembre de 1981, no puede incidir en este debate. AHORRO PRIVADO (Facultades del Presidente, art. 120, numeral 14 ibídem*). DERECHO PENAL E INTERVENCION ECONOMICA. Las prohibiciones y las respectivas sanciones impuestas en desarrollo de las facultades de intervención en el manejo del ahorro privado no corresponden al ámbito del derecho penal, no son aplicables en forma irrestricta e indiscriminada en materias propias del derecho administrativo como las que desarrollan el intervencionismo económico, la facultad impositiva, la vigilancia de la prestación de servicios públicos y otros que se mueven dentro de objetivos y principios distintos.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0007. Actor: Mario Alario Méndez. Actos Nacionales.

El ciudadano Mario Alario Méndez, en ejercicio de la acción pública de nulidad que trata el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, demandó la nulidad de los artículos 7º y 8º del Decreto 1084 del 30 de abril de 1981, proferido por el Gobierno Nacional, en virtud de los cuales se prohibió a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda cobrar contraprestaciones distintas a los intereses autorizados y gastos legales, de visitas y de administración a los usuarios del crédito concedido por ellos bajo multas a favor del Tesoro Nacional.

Las normas acusadas dicen:

"Decreto número 1084 de 1981.
"(abril 30)

"Por el cual se interviene la actividad de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones legales y en especial de las que le confiere el literal i) del artículo 63 del Acto legislativo número 1 de 1979,

Decreta:

"...

"*Artículo 7º* En el otorgamiento de créditos, las corporaciones de ahorro y vivienda no podrán exigir ningún tipo de contraprestación, ni cobrar a sus prestatarios costos distintos a las tasas de interés previstas en las disposiciones vigentes para las diferentes modalidades de crédito, ni obligarlos a la celebración de contratos que impliquen para ellos gastos adicionales a los señalados a continuación:

"a) Gastos legales relacionados con el estudio de títulos, lo mismo que los de notariado y registro;

"b) Los gastos de visitas hechas para verificar linderos o para practicar avalúos, lo mismo que las visitas de vigilancia durante la construcción;

"c) Los gastos de administración anticrética del inmueble, cuando tal administración se haga necesaria por demora en los pagos o por solicitud de los prestatarios, a cuyo efecto el contrato contendrá las respectivas estipulaciones.

"*Parágrafo 1º* Los gastos a que se refieren los literales a), b) y c) de este artículo se regirán por las tarifas que fije la Superintendencia Bancaria.

"*Parágrafo 2º* Se entenderá como contraprestación para efectos de este decreto, cualquier esquema de crédito según el cual una Corporación condicione la aprobación de un préstamo, individual o a constructores, a la constitución de un depósito bajo cualquier modalidad en la misma Corporación o en otra institución financiera, bien antes o después del otorgamiento del respectivo préstamo.

"*Artículo 8º* La Superintendencia Bancaria investigará de oficio o a petición de parte las violaciones a lo dispuesto en el artículo séptimo del presente decreto y aplicará multas hasta del 5% del capital pagado y reserva legal de la respectiva Corporación de Ahorro y Vivienda, por cada vez.

"Igualmente el Superintendente Bancario podrá, después de pedir explicaciones a los administradores y a los representantes legales de cualquier Corporación de Ahorro y Vivienda y de cerciorarse que estos han violado las disposiciones contenidas en este decreto, impondrá los mismos por cada vez una multa a favor del Tesoro Nacional hasta de $ 500.000.00".

El actor consideró violadas las siguientes disposiciones: El artículo 76, atribución 2ª de la Constitución Nacional que otorga al Congreso la facultad de expedir códigos en todas las ramas de la legislación.

El numeral 14 del artículo 120 también de la Constitución que atribuye al Presidente la facultad de intervención en las actividades de las personas que manejan o aprovechamiento del ahorro privado y dice, que en su momento, también fue violado el artículo 63, literal 1 del Acto legislativo número 1 de 1979 que otorgó facultad al Gobierno para ejercer las facultades de intervención en las actividades del ahorro privado.

Considera el actor que el numeral 14 del artículo 120 después de haber sido derogado por el Acto legislativo número 1 de 1979, revivió a raíz del fallo de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible esta última reforma constitucional y que el citado numeral 14 tiene por precisa limitación material la de *intervenir las actividades* de las personas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado y lo mismo puede predicarse del literal i) del artículo 63 del Acto legislativo número 1 de 1979.

Estima que la definición de los delitos y las contravenciones es asunto de la esfera constitucional del legislador, al cual corresponde hacer las leyes y expedir los códigos conforme lo ordena el artículo 76 numeral 2º de la Constitución.

Con el criterio de considerar "penal" todo lo relativo a las conductas prohibidas que sean sancionadas en cualquier forma para recabar que ello es de competencia del legislador no del Ejecutivo, manifiesta:

> "Importa precisar que las normas jurídicas que bajo sanciones de cualquier índole prohíban y ordenen determinadas conductas, constituyen normas de carácter penal. Los hechos punibles, por otra parte, constituyen delitos o contravenciones, según lo previsto en el artículo 18 del Código Penal: La determinación de qué infracciones constituyen delitos y cuáles contravenciones, viene dada por la ley en cada caso; en verdad, no hay distinción de naturaleza entre los hechos delictuales y los contravencionales, sino criterios de diferenciación que dependen de múltiples factores, que en grado variable adopta el legislador. Con frecuencia, la facultad de sancionar está confiada a la administración, de manera que las decisiones concretas mediante las cuales se impongan sanciones en tales casos son actos administrativos punitivos. Tampoco son razones sustanciales, sino históricas, las que explican por qué determinadas materias son de la competencia de los Tribunales, en tanto que otras han quedado en manos de los organismos administrativos. Es lo que la doctrina ha denominado derecho penal administrativo".

Invoca el fallo del Consejo de Estado (Expediente 7747), del 23 de noviembre de 1984 que, con ponencia del Consejero Carmelo Martínez Conn declaró nulo el artículo 3º del Decreto 252 de 1980, en el cual se consagró una sanción del 2,5% por los defectos diarios de encaje en que incurriere una corporación de ahorro y vivienda, consi-

derando que análoga sanción es la establecida en las normas demandadas, luego cabe aplicar el mismo criterio.

La Sala en providencia del 21 de abril de 1986, por vía de súplica, confirmó el auto que negó la suspensión provisional y, respecto al tema de carácter penal de las sanciones, expresó:

"El tema de las infracciones y sanciones administrativas contiene complejidad inusitada. Algunos tratadistas, influenciados por la fuerza argumentativa de los tratadistas del derecho penal, han querido desarrollar un criterio de unicidad en el derecho sancionatorio, aplicando al derecho administrativo reglas propias del derecho penal.

"El profesor argentino Carlos Giulani, por ejemplo, ha presentado el debate de si la violación de reglas propias de la intervención estatal en el campo de la actividad financiera puede asimilarse en un todo a los delitos penales ordinarios. En ese ámbito de interpretación, serían aplicables al derecho administrativo sancionatorio principios tales como el de la legalidad de los delitos y las penas, el de la subjetividad en la responsabilidad de los autores y el de la interpretación restrictiva y favorable.

"Otros estudiosos del tema han prohijado una clara diferencia entre el derecho punitivo administrativo y el derecho penal. Entre ellos se destaca el profesor Gold Smith. Hay muchas razones para señalar diferencias entre ambos ámbitos jurídicos: [illegible] parte de las normas sancionatorias del derecho administrativo, especialmente aquellas que miran el derecho financiero se crean como tutela del orden público económico: Exigen de la administración una actuación pronta y un juicio objetivo que son, a veces, ajenos al ámbito del derecho penal; 2. El mundo de las infracciones administrativas propias, diferentes a las del derecho penal o contravencional pues en buena parte regla conductas de entidades, de sociedades, de bancos, de empresas, o, como en el caso de autos, de corporaciones de ahorro y vivienda. Hay otros argumentos que en forma extensa traen los autores, pero que, por las limitaciones propias del momento procesal en que se decide el asunto de autos, escapan al análisis".

Y sobre el alcance de los reglamentos constitucionales y la jurisprudencia invocada, expresó:

"A pesar de la complejidad del tema sí ha sido objeto de clara definición de esta corporación, el principio de que tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo las infracciones y las sanciones deben estar en el marco de la legalidad. Ello tendría menos complejidad de interpretación si no se tuviesen algunos precedentes jurisprudenciales en el caso muy concreto de las corporaciones de ahorro y vivienda. Estas corporaciones fueron creadas mediante decretos del Ejecutivo en uso del numeral 14 del artículo 120 de la Carta Constitucional, decretos que fueron convalidados por esta Corporación con efectos *erga omnes*, previo análisis de su validez y alcance frente a demandas de nulidad presentadas en su oportunidad. Su funcio-

namiento no emana de la ley sino de decretos que fueron denominados por la doctrina como Reglamentos Constitucionales".

La Superintendencia Bancaria se opuso a las pretensiones, pero no presentó el alegato de fondo anunciado.

El señor Fiscal Tercero de esta Corporación en concepto del 30 de septiembre de 1986 (numeral 22), bajo la premisa de que se trata de "un aspecto de puro derecho constitucional" en el cual se plantea la naturaleza de los decretos de intervención presidencial que sin confundirse, las leyes producen los mismos efectos de estas y se justifican por la rapidez con que debe actuarse en estas materias, lo que no puede hacer el Congreso.

Opina que contra la teoría presidencialista ínsita en el numeral 14, reaccionó el Acto legislativo número 1 de 1979 al derogarlo y someter la intervención del Presidente al ordenamiento legal de competencia del Congreso, en lo cual ve dos concepciones políticas diferentes: La teoría demoliberal con primacía del Parlamento y la presidencialista.

Estima que al desaparecer el Acto legislativo 1 de 1979, no es posible hacer ningún esguince a la norma del numeral 14 junto con el antecedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado en el sonado caso de las corporaciones de ahorro, cuya subsistencia se debió a dicha jurisprudencia. Concluye que:

> "Para el Ministerio Público ese postulado constituye *dura lex, sed lex*, y no puede desconocerse a pesar de la existencia de la teoría demoliberal, según la cual el Presidente carece de poderes ubicados en la misma jerarquía de leyes para crear o tipificar contravenciones y señalarle a ellas sus respectivas sanciones para tales entidades. El y sólo él las establecerá y las aplicará a través de los organismos establecidos para tal fin pues ni siquiera la Superintendencia Bancaria podría establecer tales contravenciones y sanciones porque ellas se derivan de la atribución constitucional propia del solo Presidente de la República. Si así lo hiciere otro organismo, reemplazando al Presidente, es lógico que su actuación sería inconstitucional porque le arrebatarían el haz de competencias que le corresponden al propio Presidente de la República quien al tenor del ordinal 14 del artículo 120 las puede ejercer directamente tipificando las contravenciones y señalando para estas las respectivas sanciones que desde luego podrían ser aplicadas por la Superintendencia Bancaria".

Pero además, el señor fiscal se muestra firme partidario de la tesis de la deslegalización y compara nuestra historia en esta materia con la Constitución Francesa de 1958, para concluir que no puede haber equívocos ni confusión de poderes cuando el constituyente le atribuyó a la máxima autoridad administrativa la facultad de intervención sin limitaciones para tipificar delitos y señalar contravenciones, por todo lo cual considera los decretos acusados como conformes con la Constitución y pide denegar las súplicas de la demanda.

Consideraciones:

Estima la Sala que el caso planteado se concreta a un problema de COMPETENCIA constitucional del Presidente de la República para expedir el Decreto 1084 del 30 de abril de 1981 y en especial sus artículos 7º y 8º dado que su contenido, como quedó expuesto, consiste en establecer unas prohibiciones a las corporaciones de ahorro y vivienda y las consecuentes sanciones pecuniarias para quien las infringe.

Precisión sobre el acto acusado.

Tenidas en cuenta las encontradas exposiciones que en el curso del debate se han planteado, en especial sobre la interpretación de los alcances de la facultad de intervención en el ahorro privado asignada al Presidente de la República por el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, la Sala debe precisar, en primer lugar, que no puede desconocerse el momento histórico en que fue expedido el acto acusado y, por ello es necesario subrayar que el Decreto 1084 de 1981 no lo dictó con fundamento en las facultades del citado numeral 14 sino, como su encabezamiento claramente lo expone, en las otorgadas por el literal i) del artículo 63 del Acto legislativo 1 de 1979, a la sazón vigentes, que eran del siguiente tenor:

"*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 por el numeral 22 del artículo 120".

La facultad de intervención en las actividades del ahorro privado en el Acto legislativo número 1 de 1979.

Se propuso el Constituyente de 1979 modificar el numeral 14 del artículo 120 en el sentido de convertir la facultad allí concedida al Presidente como facultad constitucional "propia", en facultad sometida a las normas generales trazadas por el Congreso en leyes "marco".

En esta materia fue cuidadoso y para plasmar en el texto constitucional el nuevo sistema siguió los siguientes pasos:

Primero. El artículo 76, que consagra las funciones del Congreso, lo modificó para adicionar en el numeral 22 las relativas a la intervención en el banco emisor y en las personas que manejan el ahorro privado, para lo cual, en la parte final del artículo 14 (Acto legislativo número 1 de 1979), dispuso:

"El numeral 22 quedará así:

"Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el gobierno para los siguientes efectos... intervenir en el banco de

emisión y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado".

Segundo. Mediante el artículo 32 derogó expresamente el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, transcribiendo su texto.

Tercero. Con el objeto de armonizar la facultad del Congreso con la del Presidente, mediante el artículo 33 modificó el numeral 22 del artículo 120, por el siguiente:

"Organizar el crédito, intervenir en el banco de emisión y en las actividades de las personas naturales y jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el numeral 22 del artículo 76".

Cuarto. Mediante el artículo 63, considerado como transitorio, otorgó facultad al Gobierno para ejercer la atribución conferida sin sujeción a normas generales tal como consta en el literal i) transcrito anteriormente.

Dentro del espíritu de la reforma del año 79, esta disposición es absolutamente clara:

En lo sucesivo el Presidente tendría que someterse a reglas generales indicadas en la ley para intervenir en el banco emisor y en la actividad de las personas que manejan ahorro privado.

De paso, se consideró que estas facultades de intervención retornaban al Congreso puesto que la redacción del numeral 14 al calificarlas de "propias" del Presidente, había dado lugar a la equivocada interpretación de que era terreno vedado al legislador.

Dentro de ese ambiente se pensó que el Presidente, durante los dos años previstos para que el Congreso dictara las correspondientes "leyes marco", podría ejercer esas mismas facultades "sin sujeción a ellas".

No existiendo en ese momento leyes que prescribieran normas generales, los límites a los cuales quedó sometido el Presidente durante esos dos primeros años, eran únicamente los de la Constitución en igual forma que lo hubiera estado el Congreso, al dictar las leyes marco encomendadas. En consecuencia, para ejercer la intervención autorizada, podía el Presidente dictar directamente los decretos que fueren necesarios.

A pesar de su similitud, lo anterior demuestra que no son iguales las facultades concedidas por el numeral 14 del artículo 120 y las de la letra i) del artículo 63 del Acto legislativo de 1979, porque si bien su finalidad es la de proteger al ahorrador y su texto es prácticamente igual, el artículo 63-i es norma excepcional que reguló el cambio que ideó el Constituyente de 1979, consistente en que la facultad de intervención del Presidente en el banco emisor y en el ahorro privado, no sería en adelante "facultad propia" sino derivada y enmarcada dentro de las normas generales que al efecto debería dictar en el futuro el legislador, pero mientras esto sucedía, el Presidente quedaba con

capacidad, durante dos años, para intervenir sin sujeción a ellas, esto es, ejerciendo las facultades él mismo, con plena potestad.

La expedición del Decreto acusado y la inexequibilidad del Acto legislativo número 1 de 1979.

En este orden de ideas, es necesario convenir en que en el momento de expedirlo, el Presidente se ciñó a una clara, expresa y nítida competencia dada por el Constituyente de 1979 y no se vislumbra, ni ha sido expuesta por el actor ninguna extralimitación o falla en este aspecto.

La circunstancia de que posteriormente, en el mes de noviembre del mismo año, la Corte Suprema de Justicia hubiera declarado inexequible toda la reforma constitucional contenida en el Acto legislativo número 1 de 1979, es necesario examinarla en cuanto algunos de sus efectos que interesan para el debate planteado, a saber:

a) En primer lugar, la inexequibilidad de la reforma constitucional no implica que los decretos como el acusado, expedido con fundamento en una de sus autorizaciones, deba desaparecer de la vida jurídica en forma automática.

Esto porque los dos ordenamientos jurídicos tienen independencia y tanto la demanda ante la Corte como la sentencia de esta, obviamente se concretaron al Acto legislativo cuyo control de constitucionalidad le correspondía conforme al artículo 214 de la Constitución Nacional, y sus efectos no pueden extenderse a otros actos así se hayan basado en aquél;

b) Consistiendo la crítica fundamentalmente en la falta de competencia para establecer contravenciones y sanciones, que se considera le corresponden a otro órgano como el Congreso, el enfrentamiento debe hacerse con las normas vigentes en el momento de la expedición y no con las competencias establecidas después;

c) Para estos efectos, el recobro de vigencia del numeral 14 del artículo 120 como consecuencia del fallo de la Corte, de noviembre de 1981, no tiene porqué incidir en el debate circunscrito a un problema de competencias.

Se aclara finalmente, que no se trata de un caso de inconstitucionalidad sobreviniente en virtud del recobro de vigencia del numeral 14 del artículo 120, porque la acusación de la demanda, fundamentalmente es por razón de la "competencia" para dictar el acto acusado, no tanto por su contenido al insistir en que en ejercicio de las atribuciones ya nombradas (el actor se refiere indistintamente a las del Acto legislativo número 1 de 1979, como a las del numeral 14) "no lo era, ni le es posible al Gobierno definir delitos y contravenciones, ni señalar sanciones".

La Sala no ve en el decreto acusado materia penal. Se trata de un típico ejemplo de *intervención* en la *actividad* de las empresas que manejan el ahorro privado para lo cual estaba facultado el Presidente cuando se expidió dicho Decreto (y lo sigue estando en virtud del numeral 14 del art. 120).

Las medidas adoptadas en el Decreto 1084 de 1981 en el sentido de evitar que a propósito de los créditos concedidos se cobren remuneraciones extraordinarias bajo diversas denominaciones y motivos, simplemente en el fondo están confirmando que en el otorgamiento de créditos, las corporaciones solamente deben cobrar las contraprestaciones naturales que corresponden al respectivo contrato como son los intereses a las tasas autorizadas y algunos gastos indispensables adicionales allí mencionados, pero ningún otro.

La Sala no ve en tales prohibiciones la tipificación de ningún delito, ni en las multas previstas para los infractores ninguna pena que corresponda al ámbito del derecho penal, sino el ejercicio de la facultad de intervención revestido de una elemental medida de coerción, sin el cual sería inoperante.

En esta forma la Sala reitera su criterio, ya expresado en otros fallos (Expediente 290 de marzo 9 de 1987, Expediente 065 de abril 3 de 1987 y Expediente 1028 de junio 26 de 1987), en el sentido de no considerar aplicables en forma irrestricta e indiscriminada normas y principios del Derecho Penal a materias propias del derecho administrativo como las que desarrollan el intervencionismo económico, la facultad impositiva, la vigilancia de la prestación de servicios públicos y otras que se mueven dentro de objetivos y principios distintos.

Finalmente, se aclara que este caso no puede equipararse a la situación planteada con el artículo 3º del Decreto 252 de 1980, para cuya anulación influyó primordialmente la consideración de que la competencia para fijar los encajes y sancionar su incumplimiento, estaba radicada en la Junta Monetaria (art. 23-a, Ley 7ª de 1973) y estos temas no podía regularlos el Presidente con base en las facultades del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

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, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. Carencia del Presidente de la República para ejercer la potestad reglamentaria en materias financieras y de crédito. Competencia de la Junta Monetaria. NULIDAD.

MONEDA. COMPETENCIA CONSTITUCIONAL.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expedientes números 373 - 376. Actor: Reinel Muñoz Zúñiga y otros.

Los ciudadanos Reinel Muñoz Zúñiga y Luis Fernando Velasco, obrando en [illegible] acción consagrada en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, solicitan que mediante los trámites legales se declare la nulidad de las normas contenidas en el Decreto 1226 de 1986, y que a continuación se enuncian:

"a) El inciso 2 del artículo 2º ...;

"b) El inciso 3º del artículo 2º ...;

"c) El inciso 2º del artículo 3º ...;

"d) El inciso 3º del artículo 3º ...;

"e) La parte final del artículo 4º ...;

"f) El artículo 5º ..."

El acto acusado:

Obrando en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, "en especial de las que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política", el 18 de abril de 1986, el señor Presidente de la República dictó el Decreto 1226 "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 132 de 1985", cuyo articulado es el siguiente:

"*Artículo 1º* El Banco Central Hipotecario refinanciará los préstamos que haya otorgado, directa o indirectamente, para los fines previstos en los literales a), b) y c) del artículo 2º de la Resolución 32 de 1983 expedida por la Junta Monetaria, previa solicitud escrita del deudor.

"*Artículo 2º* Las condiciones financieras de la refinanciación a que se refiere el artículo anterior serán las siguientes:

	Reconstrucción	*Reparación*
"Plazo:	20 años	15 años
"Período de Gracia:	5 años	4 años
"Tasa de Interés:	6% anual	6% anual
"Tasa de Redescuento:	3% anual	3% anual
"Margen de Redescuento:	100%	100%

"El monto que se refinanciará conforme a lo dispuesto en el presente artículo será equivalente al saldo vigente del respectivo crédito al momento de aprobarse la refinanciación por parte del establecimiento de crédito.

"En consecuencia, quedarán excluidas las cuotas vencidas antes de dicha aprobación.

"*Artículo 3º* Los establecimientos de crédito que hayan otorgado préstamos de que trata el Capítulo III de la Resolución 32 de 1983 de la Junta Monetaria los refinanciarán en las condiciones financieras que se señalan a continuación, previa solicitud escrita del deudor.

"Plazo:	5 años
"Tasa de Interés	10% anual
"Tasa de Redescuento:	7% anual
"Margen de Redescuento:	100%
"Período de Gracia:	2 años.

"El monto que se refinanciará conforme a lo dispuesto en el presente artículo será equivalente al saldo vigente del respectivo crédito al momento de aprobarse la refinanciación por parte del establecimiento de crédito.

"En consecuencia, quedarán excluidas las cuotas vencidas antes de dicha aprobación.

"*Artículo 4º* Los plazos y períodos de gracia señalados en los artículos 2º y 3º del presente decreto se contarán a partir de la fecha de otorgamiento de los préstamos respectivos. *Sin embargo, las nuevas condiciones de tasa de interés y de redescuento sólo serán aplicables a partir de la fecha en que se apruebe la refinanciación.*

"Artículo 5º Lo dispuesto en los artículos anteriores se entenderá sin perjuicio de la obligación de los beneficiarios de las refinanciaciones de pagar durante el período de gracia los intereses a que haya lugar en la medida en que vayan siendo exigibles" (Los subrayados corresponden a los textos acusados).

La demanda:

Refieren los actores que el 31 de marzo de 1983 ocurrió en el Departamento del Cauca un terremoto que ocasionó la destrucción y el deterioro de gran parte de los inmuebles ubicados en su capital y poblaciones aledañas, lo cual obligó a los habitantes a recurrir ante las entidades crediticias oficiales en busca de préstamos, habiendo por ello el Gobierno dispuesto "lo necesario para canalizar los fondos correspondientes a través del Banco Central Hipotecario, mediante un cupo de redescuento creado en el Banco de la República por Resolución número 0032 de abril 4 de 1983, emanada de la Junta Monetaria". Como los damnificados se encontraban en imposibilidad de cumplir con el pago de las obligaciones contraídas, expidió el Congreso de la República la Ley 132 de 1985, en beneficio de los damnificados, consistente "en la ampliación de los plazos de amortización de las deudas y en la reducción de intereses". Posteriormente el Presidente de la República expidió el Decreto reglamentario número 1226 de 1986, que "contraría el espíritu de la ley que reglamenta y a la cual debe sujetarse en virtud del principio de jerarquía de las normas".

Como norma violada se cita únicamente el artículo 2º de la Ley 132 de 1985. El concepto de la violación se sintetiza en los párrafos que se transcriben:

"Del contenido de los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 1226 de 1986 respecto del momento a partir del cual el beneficiario tendrá derecho a que se le rebajen los intereses o se le amplíen los plazos de su crédito, se deduce que antes que subordinarse a la ley, este Decreto la modifica imponiendo un término de iniciación de sus efectos contrario a lo estipulado en aquella. Así las cosas, la aplicación de la ley quedaría sometida a las disposiciones del decreto que la reglamenta y al capricho de las entidades de crédito.

"La aplicación del Decreto tal como fue expedido trae como consecuencia que los usuarios de los créditos de emergencia tengan que cancelarlos dentro de los plazos y con los intereses fijados inicialmente en los artículos 2º y 10 de la Resolución número 0032 de 1983 de la Junta Monetaria, hasta tanto la solicitud de refinanciación sea aprobada por la respectiva entidad crediticia".

En proceso diferente, fue incoada idéntica acción por los ciudadanos Tiberio Zúñiga y otros contra las mismas disposiciones del Decreto 1226 de 1986, habiendo sido decretada su acumulación mediante auto de 14 de marzo de 1987 (fls. 46 y 47), por lo cual ambos procesos se decidirán en esta sentencia.

En cuanto a normas violadas y concepto de la violación, se dice en la segunda demanda que el acto acusado infringe "el artículo 14 de la Resolución 32 de 1983, que por provenir de la Junta Monetaria y por la materia de que se ocupa constituye un estatuto autónomo, debiéndose tener presente al respecto que la Ley 132 la elevó a la categoría de legislación". Que "el Decreto-ley 2206 de 1963 le atribuyó a la Junta Monetaria funciones sobre moneda, crédito e intereses, estableció una competencia privativa para dicha Junta en las referidas materias, en la que no puede ser suplantada sino por la ley", por lo cual "las disposiciones demandadas transgreden también el Decreto-ley

2206, especialmente en los literales d), e) y f) del artículo 3º, por tener origen en el Presidente de la República y no en la mencionada Junta". Agrega que de lo anterior "se desprende la violación del numeral 3º del artículo 120 de la Carta Política, por haber sido aplicado a materias cuya regulación y reglamentación es propia de la Junta Monetaria". Por último, que las "disposiciones acusadas del Decreto reglamentario contrarían abiertamente la Ley 132 de 1985 porque le agregan requisitos y condiciones no previstos en ésta".

Alegatos de las partes:

Por la parte actora, presentó alegato de conclusión únicamente el apoderado de los demandantes en el proceso acumulado, haciéndose nuevo énfasis primordialmente en los cargos de incompetencia por parte del Presidente de la República para dictar el acto acusado, insistiendo en que "al atribuirle el Decreto-ley 2206 de 1963 a la Junta Monetaria funciones sobre moneda, crédito e intereses, le fijó a ésta una competencia especial en tales materias, privando de ella al Gobierno Nacional y reservándosela solamente a la ley y a dicha Junta". Se refiere finalmente a las razones que tuvo el Consejero sustanciador del negocio acumulado para decretar la suspensión provisional del acto acusado, las que en su sentir sirven de fundamento para la nulidad deprecada.

Presentó alegato de conclusión el doctor Camilo Vargas Ayala, quien se constituyó en parte impugnadora, en su propio nombre y en su carácter de apoderado del Banco de la República. Admite el impugnador que el artículo 3º del Decreto 1226 de 1985 "vulneró en forma clara y directa los preceptos de la Ley 132 de 1985...motivo por el cual les asiste la razón en este punto a los demandantes, debiéndose declarar la nulidad del artículo 3º mencionado". Respecto de los restantes aspectos de la demanda, refiere que en febrero 15 de 1987 entró en vigencia la Ley 18 del mismo año que "modificó la Ley 132 de 1985 precisamente en la parte que fue objeto de reglamentación por el Decreto 1226 de 1986", por lo cual podría pensarse que este Decreto ha quedado insubsistente, ha desaparecido de la vida jurídica al modificarse la materia reglamentada", lo cual podría desembocar en una sentencia inhibitoria". No obstante lo anterior, agrega, invoca "expresa y formalmente la excepción de inconstitucionalidad de la Ley 18 de 1987", la que enseguida pasa a sustentar. Dice luego que en el remoto evento de que esta Corporación "considere que la Ley 18 de 1987 no es inconstitucional y teniendo en cuenta que actualmente cursa ante la Corte Suprema de Justicia demanda de inexequibilidad contra dicha ley, debe, por haberse presentado un evento de prejudicialidad, decretarse, la suspensión del presente proceso hasta cuando se produzca el fallo de la Corte". Sostiene el impugnador en otros apartes de su escrito, que no existe contradicción entre las medidas adoptadas por el Decreto 1226 acusado y las disposiciones de la Ley 132, pues "de la simple lectura de estas últimas se observa, sin mayor dificultad, que aquellas se encuentran ínsitas en estas". Respecto del ataque de incompetencia por parte del Gobierno Nacional para dictar las medidas de que trata, acogido en la providencia que decretó la suspensión provisional, dice el impugnador: "Si por voluntad expresa de la ley

es a la Junta Monetaria a quien compete privativamente adoptar medidas en materia monetaria y de crédito (Ley 21 de 1963 y Decreto-ley 2206 de 1963), pues fue también voluntad expresa del mismo legislador plasmada con meridiana claridad en el artículo 4º de la Ley 132 de 1985, al establecer una excepción y ordenarle al Presidente de la República adoptar las medidas necesarias tendientes a lograr la efectividad de sus disposiciones".

Concepto fiscal:

Extracta el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo, tanto las razones que motivaron el auto de suspensión provisional como las de la parte impugnadora, para concluir que todas las apreciaciones aducidas por el recurrente (se refiere el impugnador) hacen relación con los detalles y la mecánica financiera que rodea las operaciones bancarias realizadas entre el Banco Central, el Banco Comercial y el beneficiario del crédito, mediante unas apreciaciones plenamente válidas desde el punto de vista, si se quiere, económico que, sin embargo, en forma alguna contradicen el sustento jurídico en el cual se basó el Magistrado ponente para decretar la medida preventiva atrás comentada, la cual fue la "total falta de competencia del Presidente de la República para expedir actos relacionados con materias monetarias y de crédito la cual le está reservada a la Junta Monetaria en virtud de lo dispuesto en los artículos 5º de la Ley 21 de 1963, 3º, literales d), e) y f) del Decreto-ley 2206 de 1963 y 14 de la Resolución 32 de 1983 de la Junta Monetaria". Concluye de lo anterior el colaborador fiscal "que debe declararse la nulidad de las normas que inicialmente fueron suspendidas mediante la primera providencia dictada dentro del proceso 376 que posteriormente fue acumulado al 373".

Consideraciones de la Sala:

Lo primero que debe desecharse son las posibilidades de un fallo inhibitorio o de una suspensión del proceso por prejudicialidad que se plantean en el escrito de impugnación. En efecto, estos medios de defensa se fundamentan en las nuevas normas que reglamentarían la materia debatida, contenidas en la Ley 18 de 1987, "por la cual se dictan medidas tendientes a facilitar el pago de obligaciones en el Departamento del Cauca, adquiridas a raíz de la tragedia sísmica de 1983, se modifica y adiciona la Ley 132 del 31 de diciembre de 1985 y la Resolución número 32 de 1983". Mas sucede que tanto el impugnador como el señor apoderado de los demandantes en el proceso acumulado acompañaron, cuando ya el negocio se hallaba a Despacho para elaborar proyecto de fallo, copia de la sentencia de septiembre 24 del año en curso, por la cual la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible, en todas sus partes, la mencionada ley. Con fundamento en conceptos contenidos en la parte considerativa de dicho fallo, las dos partes en pugna recaban pronunciamiento acorde con sus respectivos puntos de vista. Sobra pues, por sustracción de materia, adoptar decisión alguna en torno a los aspectos aludidos.

El punto clave a establecer en la presente providencia es el de si el Presidente de la República tenía o no competencia específica para reglamentar la materia de que tratan las disposiciones acusadas. El señor Consejero sustanciador del proceso que posteriormente se acumuló, al decidirse por la negativa, decretó en su auto de agosto 15 de 1986 (Ver fls. 38 y ss. de dicho proceso), la suspensión provisional de las partes acusadas del Decreto 1226 de 1986, acorde con el siguiente razonamiento:

"En efecto: La contrariedad ostensible entre las partes acusadas del Decreto reglamentario 1226 de 1986 y los superiores mandamientos vistos arriba (de la Ley 21 de 1963, del Decreto-ley 2206 de 1963 y de la Ley 132 de 1985, lo mismo que de las anotadas disposiciones de la Resolución número 32 de 1983 de la Junta Monetaria, cuyo rango de superior estirpe al de los Decretos reglamentarios ya ha sido deducido por el Consejo de Estado, además de que la Ley 132 de 1985 directamente la reforma y en parte la modifica), tal contrariedad manifiesta conduce a deducir que el acto acusado no sólo va en contravía de la ley formal y material y también de los mandamientos de la calidad especial de la Resolución 32 de la Junta Monetaria, sino lo que es más grave aún —como consecuencia de dicho enfrentamiento—, que evidentemente quebranta de manera patética el canon 120-3 de la Superley, como quiera que para expedirlo el Presidente de la República carece de competencia específica, toda vez que ésta se halla adscrita a la tantas veces citada Junta Monetaria en las mentadas cuestiones monetarias y de crédito".

Como antes se vio, hace derivar el impugnador la competencia del Presidente para reglamentar las cuestiones a que se refiere el Decreto acusado, básicamente en el contenido del artículo 4º de la Ley 132 de 1985. Mediante esta ley "se reglamentan los préstamos a damnificados por el terremoto de Popayán el 31 de marzo de 1983", rezando el susodicho artículo 4º: "En desarrollo del numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional, autorízase al Gobierno para celebrar contratos, incluidos los de empréstito interno y externo. También queda autorizado para ejecutar todas las operaciones presupuestales indispensables para el logro de los objetivos de esta ley y en cumplimiento de lo dispuesto en ella y de lo ordenado en los decretos que para su efectividad se dicten". Esta norma, sin necesidad de mayor análisis, pone al descubierto lo delesnable de la argumentación de la parte impugnadora. Ni por asomo se establece en ella "una excepción" para que el Presidente de la República pueda tomar disposiciones sobre asuntos monetarios y de crédito. Ella se limita a conferir al Gobierno facultades para celebrar contratos y para efectuar las operaciones presupuestales requeridas, situaciones obviamente muy distintas a las tratadas en el Decreto reglamentario acusado.

En el escrito mediante el cual allegó copia de la citada sentencia de la Corte, fechada el 24 de septiembre de 1987, ya habla el impugnador de una suerte de competencia compartida entre el Presidente de la República y la Junta Monetaria para dictar las medidas de que se trata, apoyándose en el siguiente texto que extracta del citado fallo: "Que la Junta Monetaria sea órgano del Ejecutivo, nunca se ha puesto en duda; surge de su misma integración, pues de ella hacen parte tres Ministros y el Jefe de Planeación; surge de la naturaleza de sus

actos, que son reglamentarios y concuerda con lo dispuesto en el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución, que adscribe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, 'ejercer como atribución *constitucional propia*, la intervención necesaria en el banco de emisión' (Subraya la Corte). *Lo cual no exige que sea el Presidente de la República quien directamente lo haga pues al igual que en el caso de muchas otras funciones del artículo 120 de la Carta, puede hacerlo a través de sus Ministros y de otros funcionarios u organismos de la Administración, salvo en aquellos casos en los cuales las normas superiores impongan lo contrario*" (Subrayas del impugnador). El texto transcrito le dio pie al impugnador para afirmar lo siguiente: "Fluye con claridad meridiana de todo lo anterior y especialmente de lo afirmado en el aparte transcrito y por mí subrayado que, según la honorable Corte Suprema de Justicia, la soberanía monetaria del Estado, en materia de cupos de crédito para redescuento, corresponde por virtud de lo dispuesto en el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución al Presidente de la República, quien puede ejercerla bien directamente o a través de ese organismo de la Rama Ejecutiva llamado Junta Monetaria".

Nada más alejado de la realidad que la anterior afirmación. En parte alguna dice la Corte que "la soberanía monetaria del Estado, en materia de crédito para redescuento", puede ejercerla el Presidente directamente o a través de la Junta Monetaria. Por el contrario, es explícita dicha Corporación en afirmar que la citada función es de competencia exclusiva de la Junta Monetaria. Véanse si no los siguientes apartes de las hojas 14 y 15 de la sentencia en cuestión:

"Para organizar la Junta, otorgó la Ley 21 de 1963 autorizaciones al Gobierno (art. 5º, b), el cual las ejercitó mediante la expedición del Decreto 2206 de 1963. Había sido función de la Junta Directiva del Banco de la República regular el redescuento en dicha entidad; era una de sus principales facultades, y de ella usó frecuentemente. Por tanto, siempre se entendió que tal función pasaba a la Junta Monetaria. Pero de tanta monta era el asunto, que el Decreto-ley 2206 de 1963, dictado en desarrollo de las autorizaciones de la 21, al enumerar las funciones que se transfirieron de la Junta Directiva del Banco a la Monetaria, se refiere al redescuento en los seis primeros literales del artículo 3º (a-f)".

"La Ley 21 y el Decreto 2206 de 1963 transfirieron a la Junta Monetaria las funciones de regulación de la moneda, el crédito y el cambio exterior que competían a la Junta Directiva del Banco de la República y le asignaron algunas adicionales en los mismos campos.

"Una de las funciones principales de la Junta Monetaria es la de regular el redescuento en el Banco de la República, en todos sus aspectos, inclusive monto, orientación, condiciones y características".

Explicado cómo no asiste la razón al impugnador en los argumentos esgrimidos respecto de una presunta competencia por parte del Presidente de la República en materia monetaria y de crédito, sólo resta a la Sala, al ratificar las doctrinas transcritas, citar una vez más

el contenido de las normas jurídicas en que ellas se sustentan en primer término, el literal a) del artículo 5º de la Ley 21 de 1963, de acuerdo con el cual son funciones de la Junta Monetaria "estudiar y aportar las medidas monetarias, cambiarias y de crédito que, conforme a las disposiciones vigentes, corresponden a la Junta Directiva del Banco de la República". Y en segundo lugar, las normas pertinentes del Decreto 2206 de 1963, para lo cual se repite la acertada selección que de las mismas se hizo en el auto de agosto 15 de 1986 por el cual se decretó la suspensión provisional: "A través del Decreto 2206 de 1963, dictado en desarrollo de las facultades extraordinarias *pro témpore* que le concedió al Gobierno Nacional la precitada Ley 21 de 1963, 'se organiza la Junta Monetaria' y se le otorgan a ésta las facultades de estudiar y adoptar 'mediante normas de carácter general', específicamente, entre otras, las siguientes 'medidas monetarias y de crédito'; 'Fijar cupos extraordinarios de crédito para casos de emergencia y con carácter temporal' (art. 3º, literal d); 'Fijar y variar las tasas de interés y descuento para las operaciones de préstamo, descuento y redescuento a los bancos afiliados al Banco de la República, pudiendo establecer tasas diferentes según la importancia económica de la respectiva operación y su finalidad' (*ib.*, literal e); 'Señalar las tasas máximas de interés o descuento que los bancos afiliados al Banco de la República puedan cobrar a su clientela sobre operaciones descontables, redescontables o admisibles en garantía de préstamo en el Banco de la República. Estas tasas pueden ser distintas según sea la clase de descuento o el destino de los fondos obtenidos por el cliente mediante la operación respectiva. Ningún Banco podrá descontar, redescontar u obtener préstamos en el Banco de la República, si cobrase en operaciones de la índole indicada una tasa mayor de la autorizada' (*ib.* literal f); 'Las demás funciones de carácter general en materia de regulación monetaria y crediticia, que conforme a las disposiciones vigentes, corresponden al Banco de la República' (*ib.* literal i). Y conforme al artículo 6º del mismo Decreto-ley 2206 de 1963, se le adscriben a la Junta Monetaria, entre otras, 'las siguientes funciones que podrá ejercer mediante normas de carácter general', en consonancia 'con el artículo 5º, literal b) de la Ley 21 de 1963': 'Señalar las tasas de interés o descuento que los establecimientos de crédito puedan cobrar a su clientela sobre todas sus operaciones activas. Estas tasas podrán ser diferentes en atención a aspectos tales como de operaciones, el destino de los fondos y lugar de su aplicación (...)' (literal c); 'Fijar los plazos de los préstamos y descuentos que efectúen las instituciones de crédito y las clases y montos de las garantías requeridas en tales operaciones' (literal d), etc.".

Como quiera que las materias de que tratan las partes acusadas del Decreto 1226 de 1986 son precisamente las asignadas por las normas transcritas a la Junta Monetaria, es de toda evidencia que, por incompetencia del Presidente de la República para generar el acto de que se trata, éste se encuentra viciado de nulidad, imponiéndose por ende la declaratoria de nulidad impetrada, como lo pide el Agente del Ministerio Público.

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 Fiscal y de acuerdo con él,

Falla:

1º *No se declara* la excepción propuesta por el señor apoderado de la parte impugnadora.

2º *Decláranse nulas* las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario número 1226 de 18 de abril de 1986 dictado por el Presidente de la República con la firma de su Ministro de Hacienda y Crédito Público:

a) El inciso 2º del artículo 2º que dice: "El monto que se refinanciará conforme a lo dispuesto en el presente artículo será equivalente al saldo vigente del respectivo crédito al momento de aprobarse la refinanciación por parte del establecimiento de crédito";

b) En el inciso 3º del artículo 2º que reza: "En consecuencia quedarán excluidas las cuotas vencidas antes de dicha aprobación";

c) El inciso 2º del artículo 3º que dice: "El monto que se refinanciará conforme a lo dispuesto en el presente artículo será equivalente al saldo vigente del respectivo crédito al momento de aprobarse la refinanciación por parte del establecimiento de crédito";

d) El inciso 3º del artículo 3º que dice: "En consecuencia, quedarán excluidas las cuotas vencidas antes de dicha aprobación";

e) La parte final del artículo 4º que dice: "Sin embargo, las nuevas condiciones de tasa de interés y de redescuento sólo serán aplicables a partir de la fecha en que se apruebe la refinanciación";

f) El artículo 5º, en su integridad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que el fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 25 de noviembre de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RETENCION EN LA FUENTE. IMPUESTO SOBRE LA RENTA (Nulidad).

Cuando el Decreto reglamentario 2759 de 1983, artículo 11, literal b), incluyó los SERVICIOS TECNICOS en aquellas retenciones tarifarias del 40% se apartó del tratamiento especial que para este tipo de actividades se consagró en la Ley 9ª de 1983, desbordando sus estipulaciones y violando por ello el artículo 120, numeral 3 de la Constitución Nacional. Decrétase la nulidad de las palabras "TECNICOS Y" contenida en el artículo 11, literal b) del Decreto reglamentario número 2579 de septiembre 12 de 1983, expedido por el señor Presidente de la República.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Proyectó: Doctor Gustavo Lora Cubillos.

Referencia: Expediente número 1082. Actor: James W. F. Raisbeck. Autoridades Nacionales. Nulidad y suspensión provisional de las palabras "Técnicos y" contenida en el artículo 11, literal b) del Decreto reglamentario número 2579 de 1983 proferido por el Gobierno Nacional. Fallo.

En ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el cuidadano y abogado James W. F. Raisbeck solicita al Consejo de Estado, declare la nulidad de las palabras "técnicos y" que aparecen en el literal b) del artículo 11 del Decreto reglamentario 2579 de septiembre de 1983 (fls. 1 a 11).

Desaparecido el expediente original, con ocasión de los luctuosos hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, se dispuso la reconstrucción del mismo a petición del demandante y, cumplida su etapa, es del caso entrar a proferir fallo de mérito (fls. 110 a 112).

La norma acusada:

La demanda está encaminada a que la jurisdicción contenciosa declare que el Gobierno al expedir la norma cuya nulidad se impetra, extralimitó sus facultades reglamentarias en cuanto violó el artículo 120, ordinal 3 de la Constitución Nacional, así como el artículo 47,

literal c) de la Ley 9ª de 1983, ya que el Decreto reglamentario "incluye un nuevo concepto no contemplado en la Ley 9ª de 1983", sobre cuyos pagos se debe retener a títulos de impuesto sobre la renta una tarifa del 40%, no obstante que, según la ley, clasificaba bajo el rubro de "los demás casos" y sólo era objeto de retención del 14% sobre el valor bruto del respectivo pago o abono en cuenta.

Suspensión provisional:

La Ley 9ª de 1983 dispuso retener a título de impuesto sobre la renta a quienes hicieran pagos o abonos en cuenta señalando en forma taxativa sobre qué conceptos y a cuáles contribuyentes; y al efecto mencionó en el literal c) del artículo 47 los "...intereses, comisiones, honorarios, regalías, arrendamientos, compensaciones por servicios personales, o explotación de toda especie de propiedad industrial o del 'know-how' *prestación de servicios de asistencia técnica* (las subrayas son de la Sala), beneficios o regalías provenientes de la propiedad literaria, artística y científica...", retención que debía ser del orden del 40% del valor nominal del respectivo pago o abono.

Por su parte, el Decreto reglamentario 2579 de 1983 se expidió en los mismos términos pero adicionando la expresión "servicios técnicos y" ("...know-how, *prestación de servicios técnicos y de asistencia técnica*, beneficios o regalías..." como se observa en el literal b) del artículo 11 de la norma reglamentaria demandada.

Cotejadas las mencionadas disposiciones, el Despacho consideró que se evidenciaba ostensiblemente, que la reglamentaria adicionó lo dispuesto en la reglamentada con las palabras "técnicos y", no contemplada en la reglamentaria, por lo cual con fundamento en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, decretó su suspensión provisional, puntualizando, además, que, de acuerdo con el concepto de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos, la noción de "servicios de asistencia técnica" no es igual o equivalente a la de "servicios técnicos', pues la asistencia técnica implica transmisión de conocimientos, en tanto que los servicios técnicos no incluyen esa transferencia; y que en tales condiciones, si la ley reglamentada no incluyó los "servicios técnicos" para gravarlos con el 40% la reglamentaria, al incluirlos, la estaba extralimitando (fls. 83 a 85).

Recurso de súplica:

Contra el auto de octubre 1º de 1984 que decretó la suspensión provisional de las palabras "técnicos y" contenidas en el literal b) del artículo 11 del Decreto reglamentario 2579 de 1983, la Dirección de Impuestos Nacionales por intermedio de apoderado interpuso recurso de súplica quien precisó, en primer término, que del estudio de la norma reglamentada (Ley 9ª de 1983) y la reglamentaria (Decreto 2579 de 1983) se establece claramente que la disposición, que contiene la frase cuya nulidad se solicita, es simplemente el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada por la Constitución

Nacional con el fin de que el Presidente pueda disponer de los instrumentos jurídicos indispensables para ejecutar y poner en movimiento el ordenamiento jerárquico superior.

De otro lado y con relación concretamente al único cargo formulado contra la norma acusada, consistente en que la norma reglamentaria al consagrar los conceptos sobre los cuales debía efectuarse la retención del 40%, incluyó entre ellos a la *prestación de servicios técnicos*, el cual no aparecía inicialmente dentro de los conceptos enumerados en el artículo 47, literal c) de la Ley 9ª de 1983, el señor apoderado de la Dirección General de Impuestos sostiene que dentro de los conceptos citados en las normas se encuentran sujetos a retención en la fuente del 40% los pagos o abonos en cuenta hechos por COMPENSACIONES POR SERVICIOS PERSONALES, por lo cual debe entender allí incluidos toda clase de servicios prestados por personas ya sean naturales o jurídicas, entre los cuales, es apenas lógico, se encuentran comprendidos los SERVICIOS TECNICOS.

En síntesis pues, que el hecho de que en la norma reglamentada se hubiera incluido como sujeto de retención en la fuente del 40% los SERVICIOS TECNICOS, obedecía al simple deseo del Gobierno de desglosar un concepto que estaba comprendido dentro de esa gran gama de actividades que abarcan los SERVICIOS PERSONALES con el fin de hacer énfasis y claridad respecto a la tarifa de retención en la fuente a título de impuestos sobre la renta a que está sujeto el pago o abono en cuenta por dicho servicio (fls. 87 al 91).

El auto suplicado fue confirmado mediante proveído de julio 12 de 1985, puntualizando, de un lado, que del cotejo entre la norma superior (literal 'c', art. 47 de la Ley 9ª de 1983) y la norma acusada (art. 11, literal 'b', Decreto 2579 de 1983) se observa *prima facie* que la ley utilizó un sistema limitativo o taxativo de enunciación de conceptos; y de otro, que existe una definición legal de *asistencia técnica* contenida en el Decreto reglamentario 2123 de 1975, de lo cual se infiere que el propio Gobierno ha considerado distinto el concepto de *servicios técnicos*, pues la asistencia técnica implica transmisión de los conocimientos mientras que los servicios técnicos no, o sea que "los servicios de asistencia técnica, suponen la prestación de servicios incorporales para la utilización de conocimientos tecnológicos aplicados por medio del ejercicio de un arte o técnica" (fls. 97 a 101).

El concepto fiscal:

La señora Fiscal Sexto del Consejo de Estado en el concepto rendido, solicita se acceda a las súplicas de la demanda, pues considera que la argumentación contenida en los autos de octubre 1º de 1984 y julio 12 de 1985 (fls. 83 a 85 y 97 a 101) es suficiente para motivar la nulidad de la expresión acusada, ya que evidentemente las normas son idénticas, excepto por la expresión "técnicos y" adicionada en el reglamento como complemento al concepto de "prestación de servicios de asistencia técnica", no de "compensación de servicios personales", agregando sobre el particular lo siguiente:

> "Por otra parte, el servicio técnico puede ser prestado indistintamente por una persona natural o por una jurídica, desvir-

tuando así su equiparación con la compensación que se hace por la realización de una labor exclusivamente personal —salarios, honorarios, comisiones—, y como bien lo ha entendido la misma Dirección de Impuestos, en materia fiscal la prestación de este tipo de servicios implica tecnología aplicada como puede ser el mantenimiento o reparación de equipos, con o sin incorporación de repuestos, efectuado por una persona que recibe el calificativo de técnico u operario, distinción que impide que se le dé un tratamiento igual a la prestación de servicios personales.

"Adicionalmente y como quedó consignado en la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en el capítulo "inversión extranjera" de la Ley 9ª de 1983, a la cual se refiere el concepto de la Subdirección Jurídica aportado con la demanda, la intención del legislador al efectuar definiciones concretas de las bases sobre las cuales se debe calcular el impuesto de remesas y la retención en la fuente, era hacer distinción entre aquellos casos en que la actividad realizada lleve implícita la posibilidad de unos costos, para los cuales se estableció una tarifa preferencial del 1% para el impuesto de remesas y del 14% para la retención, y aquellos conceptos en que el ingreso es neto, para los cuales se estableció una tarifa del 12% para el impuesto y del 40% para la retención. En el caso concreto del servicio técnico, tal como se ha definido, generalmente se puede presumir la existencia de un costo para la prestación del mismo, el cual está representado bien sea en la utilización de determinados materiales para realizar la labor o en la incorporación de los repuestos que sean necesarios..."

Se considera:

El sistema de retención en la fuente de ciertas rentas, como medio para recaudar tributos y las proporciones en que ello debe hacerse, se encuentra establecido en la ley y ello debe ser así para que ni tales proporciones ni las rentas respectivas puedan ser objeto de vaguedad o de señalamiento arbitrario.

La anterior precisión fue hecha por la Corte Suprema de Justicia el 31 de octubre de 1974 con motivo de la revisión del Decreto 2053 de 1974, particularmente al declarar la inexequibilidad del artículo 138 en cuanto preceptuaba que el Gobierno Nacional podía establecer retenciones en la fuente, sobre rentas y ganancias ocasionales no especificadas en ese decreto, para facilitar, acelerar y asegurar el recaudo de los correspondientes impuestos.

En esta oportunidad la Corte Suprema puntualizó que el mencionado Decreto legislativo no sólo trae la noción de ganancias ocasionales, sino que las especifica y determina, agregando lo siguiente:

"Entregar al Gobierno, que en este caso sólo podría actuar a través de la potestad reglamentaria (120-3), es salirse de los textos constitucionales, pues se le da una facultad que debe cumplir expresa y precisamente el decreto dentro de la excepción admitida al artículo 43 de la Carta y someter al contribuyente a la incertidumbre nacida de la discrecionalidad por no decir, arbi-

trariedad de la Administración. La facultad del artículo 120-3 de la Carta es para buscar la cumplida ejecución de la ley, mas no para dictarla; la norma es pues inexequible".

En efecto, en materia de retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta el artículo 134 del Decreto 2053 de 1974 dispuso que quienes hicieron pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas gravables en Colombia a favor de sociedades u otras entidades extranjeras sin domicilio en el país, así como a personas naturales extranjeras y sucesiones ilíquidas de extranjeros sin residencia, ni apoderado en Colombia, debían hacer en suma equivalente al 40% del respectivo pago o abono.

Esta disposición fue expresamente derogada por el artículo 14 del Decreto legislativo número 231 de febrero 4 de 1983 y sustituida por el artículo 6º del mismo Decreto legislativo y su redacción era muy parecida al artículo 134 del Decreto-ley 2053 de 1974, pues se le modificó en cuanto suprimió el nombramiento de apoderado en Colombia, como condición para que no se causara la retención.

A su turno, la Ley 9ª de junio 15 de 1983, igualmente en forma expresa, derogó el artículo 6º del Decreto legislativo 231 de 1983 y en el artículo 47, correspondiente al capítulo de inversión extranjera, repitió básicamente lo dispuesto por el mencionado artículo 6º pero señaló taxativamente el monto de la retención en la fuente a la tarifa del 40% para los pagos o abonos por dividendos a favor de sociedades extranjeras sin domicilio en el país (literal a); las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas, obtenidas por socios con carácter de inversionistas extranjeros (literal b); los pagos o abonos en cuenta por concepto de comisiones, honorarios... *prestación de servicios de asistencia técnica* (literal c); porcentajes de pagos o abonos en cuenta por la explotación de películas cinematográficas y programas para computador a cualquier título (literales d y e); y para los demás casos, dispuso que el monto de la retención fuera a la tarifa del 14% del valor bruto del respectivo pago o abono, al tenor del literal f) del mencionado artículo 47 de la Ley 9ª de 1983.

Por su parte, la Ley 75 de diciembre 23 de 1986 sin derogar el artículo 47 de la Ley 9ª de 1983, modificó la tarifa de retención en la fuente para los dividendos a favor de sociedades extranjeras sin domicilio en el país, fijándola en el 30% (art. 3º *ibídem*); al igual que en el mismo porcentaje lo hizo el artículo 10 de la citada ley con respecto a los literales b), c) y e) del artículo 47 de la Ley 9ª de 1983.

Así pues, en materia de retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta de pagos o abonos en cuenta por concepto de rentas sujetas a gravamen en Colombia, la principal innovación que presenta la Ley 75 de 1986 con respecto a la Ley 9ª de 1983 fue la regulación expresa del concepto de los "servicios técnicos" (arts. 14 y 86) no contemplados específicamente en el literal c) del artículo 47 de la Ley 9ª de 1983 cuyo texto no fue derogado expresamente por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 como se dijo antes.

De lo anterior se puede deducir que el concepto "técnicos" adoptado en la norma acusada no estaba incluido en la Ley 9ª de

1983, y que fue necesaria la intervención del legislador en 1986, para estimar esa diferenciación.

Por lo tanto, la Sala considera que las anteriores precisiones son suficientes para acceder a las súplicas de la demanda, toda vez que la llevan a concluir que cuando el reglamento (art. 11, literal b), Decreto 2759 de 1983 incluyó los servicios técnicos en aquellas retenciones de tarifa del 40%, se apartó del tratamiento especial que para este tipo de actividades se consagró en la Ley 9ª de 1983, desbordando sus estipulaciones y violando por ello el artículo 120-3 de la Constitución Nacional como acertadamente lo puntualizó en su concepto la señora Fiscal Sexto del Consejo de Estado.

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:

Decrétase la nulidad de las palabras "técnicos y" contenida en el artículo 11, literal b) del Decreto reglamentario número 2579 de septiembre 12 de 1983 expedido por el Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INTENDENCIA ESPECIAL DE SAN ANDRES Y PROVIDENCIA.

Régimen aduanero, cambiario, fiscal, administrativo. Fomento económico, social, cultural. REGIMEN ESPECIAL.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1102. Actor: Adriana Tello Jordán. Nulidad del Decreto reglamentario número 0230 de enero 24 de 1985 proferido por el Gobierno Nacional. Fallo.

Reconstruido como se encuentra el proceso promovido por Adriana Tello Jordán, quien en ejercicio de la acción de nulidad solicita invalidar el Decreto reglamentario 0230 de enero 24 de 1985, y recibido el concepto fiscal, no observándose causal de nulidad procesal se procede a emitir fallo de mérito.

Objeto de la demanda:

La actora estima que el Decreto 0230 de 1985 al disponer que se encuentran excluidas del impuesto previsto en el artículo 9º de la Ley 50 de 1984, las importaciones que se hagan al archipiélago de San Andrés y Providencia, se violó el artículo 9º de esa ley, el cual prevé que "sin perjuicio de los impuestos contemplados en las normas vigentes, a partir del 1º de enero de 1985 establécese un impuesto equivalente al ocho por ciento (8%) del valor CIF de todas las importaciones que se realicen al país y el cual constituirá ingreso ordinario de la Nación.

"Solamente estarán exentas de este impuesto adicional las importaciones de alimentos, fertilizantes y las materias primas de estos últimos, cuando sean realizadas por entidades públicas, de tal manera que la exención beneficie al consumidor final. Igualmente lo estarán las importaciones contempladas en el artículo 172 del Decreto 444 de 1967, para los sistemas especiales de importación-exportación".

Estima que el decreto acusado es nulo por modificar la ley reglamentada, al restringir de manera directa su aplicación.

Agrega que, de acuerdo con el artículo 6º, numeral 2º de la Constitución Política corresponde al legislador, y no al poder reglamentario regular, el régimen especial para el archipiélago de San Andrés y Providencia.

Concepto del señor Fiscal:

En su vista de fondo el señor Fiscal Tercero de la Corporación, es de parecer que no procede la solicitud de la anulación del acto acusado, pues, en su opinión, la Ley 50 de 1984 "no podía regir nunca en San Andrés y Providencia, pues para esa entidad territorial no rigen las leyes generales expedidas con alcances nacionales por el Congreso, debido a que el segundo inciso del artículo 6º, señala 'estatutos especiales' respecto a esos tópicos, dictados por el legislador, para esa porción insular. Mas el Gobierno Nacional creyó conveniente, con el propósito de despejar dudas, aclararlos a través de un acto administrativo reglamentario como lo indicó en la parte motiva de él, que revela la intención que tuvo el Jefe del Estado al expedirlo".

De conformidad con la Ley 1ª de 1972, el régimen aduanero y cambiario de la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia tiene un régimen específico, en virtud del cual las disposiciones de régimen aduanero y cambio de Puerto Libre para aquella entidad territorial se conservan; y, dentro de ese marco se prevé que, las mercancías extranjeras que importen los comerciantes de la Intendencia de San Andrés y Providencia, a través de la zona franca de Barranquilla, pagarán un impuesto del 5%, y de las mercancías extranjeras que ingresen al territorio nacional serán gravadas con impuesto de 15 centavos por cada peso o fracción, gravamen que se destina a la Intendencia de San Andrés y Providencia (arts. 30 y 31 de la ley citada).

De otra parte, por efecto de la disposición contenida en el artículo 6º de la Constitución Política, el régimen fiscal, administrativo y el de fomento económico, social y cultural del archipiélago de San Andrés y Providencia, así como para las rentas y porciones insulares del territorio nacional, se sujetan a un régimen legislativo especial, lo que implica que el régimen general previsto para el resto de las Intendencias y Comisarías por la ley y el territorio nacional no puede serle aplicable a esa región de la República.

En consecuencia, a juicio de la Sala, el artículo único del Decreto reglamentario acusado, al disponer que las importaciones que se hagan al archipiélago de San Andrés y Providencia no se sujetan al régimen fiscal aduanero ordinario, se ajusta a los términos de la Constitución y a los artículos 30 y 31, en lo pertinente de la Ley 1ª de 1972, por lo cual no se encuentra ilegalidad en esa disposición que amerite su anulación.

En virtud de lo dicho, y sin más consideraciones, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda promovida por Adriana Tello Jordán, tendiente a obtener la anulación del artículo único del Decreto reglamentario número 0230 de enero 24 de 1985, proferida por el Gobierno Nacional.

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.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DECRETO REGLAMENTARIO. NORMA REGLAMENTADA. NO REPRODUCCION LITERAL Y EXHAUSTIVA.

Un Decreto teniendo el carácter de reglamentario, que no reproduzca literal y exhaustivamente la norma reglamentada, en términos generales, no implica que haya suprimido o modificado aspectos regulados en ella. Se trata de una reproducción parcial de la norma reglamentada que no tiene como es apenas obvio dada la jerarquía normativa y las limitantes inherentes a la potestad reglamentaria, entidad jurídica para efectuar supresión o modificaciones a ésta.

Consejo de Estado.— Sala de Decisión.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 595. Actor: Jaime Horta Díaz.

Se resuelve el recurso de súplica interpuesto por el actor contra el auto de 28 de mayo de 1987 (fls. 24 a 29), en cuanto denegó la suspensión provisional de los artículos 1º, 5º inciso segundo, 7º numerales 3 y 4 y 8º del Decreto número 0350 de 19 de febrero de 1987 expedido por el Gobierno Nacional y "por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 42 de 1985 y el artículo 44 del Decreto-ley 222 de 1983" y por la parte coadyuvante en cuanto concierne a la denegatoria de la suspensión provisional del artículo 7º numerales 3 y 4 del mismo Decreto.

Antecedentes:

A. La solicitud de suspensión provisional.

En el escrito de demanda (fls. 12 a 20) el actor impetró la suspensión provisional de las normas acusadas en ejercicio de la acción de simple nulidad, que son a más de las antes enumeradas el artículo 9º del mismo Decreto, fundamentándola en los planteamientos que se resumen así:

a) El artículo 1º del Decreto 0350 viola ostensiblemente el artículo 120 numeral 3 de la Constitución por cuanto "lejos de reglamentar la ley, termina es reglamentando la Constitución". La declaratoria de inexequibilidad a que se refiere la parte motiva del Decreto 0350 no inviste al Gobierno de facultades legislativas, ni lo habilita para llenar el vacío normativo producido como consecuencia de ella;

b) El inciso segundo del artículo 5º del Decreto 0350 viola el artículo 36 de la Ley 42 de 1985, por cuanto contiene disposición nueva y desvirtúa la contenida en la ley;

c) El artículo 7º numerales 3 y 4 excede el artículo 204 del Decreto 222 de 1983 y el artículo 37 de la Ley 42 de 1985, pues los contradicen, invocan una situación creada con anterioridad a los pliegos de licitación, como es el proceso de calificación, clasificación e inscripción en el Registro de Proponentes, pero especialmente crean 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, con lo cual, además, se excluye de la televisión a un gran número de proponentes, independientemente de la bondad de sus propuestas, porque con el nuevo criterio de adjudicación se entrega el total de las horas ofrecidas a un pequeño grupo de empresas.

De otra parte, introducen el criterio de equidad y proporcionalidad en el reparto de los espacios, cuando la ley preceptúa que el Instituto Nacional de Radio y Televisión escoja las mejores propuestas, así sean las del último calificado, de acuerdo con unos criterios objetivos;

d) El artículo 8º del Decreto 0350 infringe el artículo 13 literal m) de la Ley 42 de 1985 porque introduce una interpretación que restringe o recorta el mandato legal y abre paso a una adjudicación sectaria de noticieros aunque para ello invoca razones de imparcialidad y objetividad;

e) El artículo 9º del Decreto 0350 va contra los artículos 2º y 8º de la Ley 57 de 1985 que establece que los Decretos del Gobierno rigen a partir de su publicación.

B. El auto recurrido.

En auto de 28 de mayo de 1987 (fls. 24 a 29) de Sala Unitaria se resolvió admitir la demanda, ordenar notificación personal a los señores Ministro de Comunicaciones y Agente del Ministerio Público, fijar en lista, decretar la suspensión provisional del artículo 9º del Decreto 0350 de 1987 y denegar dicha suspensión en lo que concierne a los otras normas también demandadas y materia del mismo pedimento.

Se deduce en la providencia citada en sustento de la última de las decisiones mencionadas en resumen, lo siguiente:

a) Si bien el artículo 1º del Decreto 0350 "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... 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 1985, que en efecto dispone que el Director de 'INRAVISION' será nombrado por el Presidente de la República. En tales circunstancias, no se ve cómo pueda aquí hablarse de violación manifiesta de una norma superior";

b) "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 1985 y del Decreto 222 de 1983 a que se refiere el artículo 5º del Decreto 0350 de 1987";

c) "El artículo 304 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 3 acusado habla de la proporcionalidad en las adjudicaciones de las horas y en cambio las normas que se denuncian como infringidas [illegible] miento 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. 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";

d) El artículo 8º del Decreto 0350 "no hace otra cosa que repetir, casi con las mismas expresiones, los principios de 'absoluta imparcialidad y objetividad', de 'propuestas más sólidamente estructurales' y de imparcialidad política contenidos en el literal 'm)'. Si la conclusión contraria a que arriba el actor fuere la correcta, a ella habría que llegar ciertamente a través de un elaborado y complejo análisis de desentrañamiento del espíritu o sentido de la norma presuntamente quebrantada".

C. El recurso de súplica.

I. La parte demandante al interponer el recurso de súplica contra la decisión 3ª del auto mencionado argumenta, así:

a) El artículo 1º del Decreto 0350 reprodujo la primera parte del artículo 21 de la Ley 42 de 1985, pero lo recortó al no transcribir la segunda parte consistente en la atribución del carácter de empleado público del Director de INRAVISION y además no invoca para tal efecto el ordinal 5º del artículo 120 de la Carta sino el ordinal 3º, con lo cual termina reglamentando la Constitución;

b) La violación del artículo 36 de la Ley 42 de 1985 consiste en que el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 0350 creó una excepción no prevista en aquél, por lo que además hay exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria;

c) Los numerales 3 y 4 del artículo 7º del Decreto 0350 modifican los artículos 304 del Decreto 222 de 1983 y 37 de la Ley 42 de 1985 al adicionar los criterios de adjudicación establecidos en las normas que se dice reglamentar.

El único caso en que se tiene en cuenta como criterio para la adjudicación, la distribución equitativa de los negocios, es cuando las distintas propuestas coinciden en igualdad de condiciones y de precios.

Al señalar el numeral 4 que la adjudicación debe hacerse en forma equitativa, crea un peligroso y subjetivo criterio de adjudicación que viola la filosofía de la licitación pública, cual es la de escoger la mejor propuesta.

De otra parte y al contrario de lo que se expone en el auto recurrido "el numeral 3 del artículo 7º del Decreto 350 se refiere a la misma materia que los violados artículos 204 del Decreto 222 y 37 de la Ley 42. Si se habla de horas es porque la licitación es de *espacios* de televisión, es decir, tiempo";

d) El artículo 8º del Decreto 0350 reforma y adiciona el literal m) del artículo 13 de la Ley 42 de 1985, ya que éste excluye consideraciones de carácter partidista en la adjudicación, mientras que la ley expresamente las incluye, precisamente con la finalidad de que no se adjudiquen los noticieros a un solo partido (fls. 36 a 42).

II. La parte coadyuvante al recurrir en lo que respecta a la denegatoria de suspensión provisional de los numerales 3 y 4 del artículo 7º del Decreto 0350 plantea en síntesis, lo siguiente:

La Ley 42 de 1985 en su artículo 37 dispone que en los pliegos se deben fijar los criterios y la manera como se van a calificar las propuestas; el Decreto 222 de 1983 en su artículo 30 establece que los pliegos los elabora la entidad interesada, es decir, para este caso INRAVISION y más concretamente según el artículo 13 de la Ley 42 es el Consejo Nacional de Televisión quien desempeña tal función, a más de que la misma norma atribuye a tal Consejo la facultad para evaluar las propuestas, de donde se concluye que la competencia para fijar los criterios radica en el Consejo Nacional de Televisión y no en el Presidente de la República.

De otra parte la materia supuestamente reglamentada en el numeral 3 del artículo 7º del Decreto 0350 de 1987 no es objeto de reglamentación; es una función administrativa que debe ser desempeñada por el Consejo Nacional de Televisión, no estando previsto en la ley el sistema de fijación de criterios de adjudicación (fls. 31 a 35).

Consideraciones:

Por razones de claridad, el análisis de los cargos se hará en forma separada para cada una de las normas cuya suspensión provisional se denegó, así:

I. Comparte la Sala los planteamientos aducidos en el auto recurrido en cuanto concierne al artículo 1º del Decreto 0350 de 1987 y agrega que el hecho de que un Decreto teniendo el carácter de reglamentario, que no reproduzca literal y exhaustivamente la norma reglamentada, en términos genéricos, no implica que haya suprimido o modificado aspectos regulados en ella, como lo pretende el recurrente. Se trata de una reproducción parcial de la norma reglamentada que no tiene como es apenas obvio, dada la jerarquía normativa y las

limitantes inherentes a la potestad reglamentaria, entidad jurídica para efectuar supresión o modificaciones a ésta.

II. Igualmente acoge la Sala la argumentación expuesta en el auto impugnado en lo que toca al inciso segundo del artículo 5º del Decreto 0350 de 1987, ya que para dilucidar la violación del artículo 36 de la Ley 42 de 1985 se precisa un estudio detallado y profundo no sólo del significado jurídico de las disposiciones en controversia, sino del conjunto normativo del cual hacen parte a fin de desentrañar las figuras jurídicas en torno a las cuales se estructuran dichas normas.

III. En lo que respecta a los numerales 3 y 4 del artículo 7º del Decreto 0350, si bien le asiste la razón al demandante en el sentido de que no puede afirmarse que son aspectos independientes y por tanto separables para efectos de conformación de las ternas, los criterios, su ponderación y la adjudicación proporcional en términos de horas de los espacios de televisión, no le asiste ella en cuanto atañe a la afirmación de que el Gobierno en la norma citada y acusada estableció tales criterios y tal ponderación. Surtido ello corresponde señalarlo a INRAVISION en cada caso y en el respectivo pliego según lo dispone el artículo 37 de la Ley 42 de 1985.

En efecto, en el numeral 3 del artículo 7º no se percibe a simple vista el establecimiento de criterios y ponderaciones de estos para fines de adjudicación; se trata de una remisión a lo preceptuado en los numerales anteriores del mismo artículo y en el artículo 6º del mismo Decreto, que a su vez parten del supuesto de la aplicación de los artículos 294 del Decreto 222 de 1983 y 37 de la Ley 42 de 1985 en los que se ha normado tal materia.

Arribar a la conclusión contraria si fuere el caso implicaría un estudio detallado, profundo y de armonización de normas que escapa a la simple confrontación propia de la institución de la suspensión provisional.

IV. Comparte la Sala los razonamientos expuestos en el auto recurrido en cuanto toca con el artículo 5º del Decreto 0350 acusado y agrega que no puede afirmarse que la expresión final de la citada norma 'sin tener en cuenta consideraciones partidistas" pueda llevar a deducir, de su simple lectura y tomándola fuera del contexto de la misma, como lo pretende el recurrente, que se han eliminado aspectos de carácter político que el literal m) del artículo 13 de la Ley 42 de 1985 contempla.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

1º Tiénese al señor Pedro Sánchez Castillo como parte coadyuvante dentro del presente proceso a términos del escrito que obra a folios 31 a 35.

2º Confírmase el auto de 28 de mayo de 1987, decisión 3ª, proferido por la Sección Primera, Sala Unitaria.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de la Sala de veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. CODIGO CARCELARIO (Decrétase nulidad).

Fue excedido parcialmente al dictarse el Decreto 1419 de julio 18 de 1975, por el señor Presidente de la República al reglamentar en parte el Decreto-ley 1817 de 1964.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 451. Decretos de Gobierno. Actor: Carlos Arturo Toro López.

El ciudadano Carlos Arturo Toro López mayor y vecino de Bogotá, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, instauró demanda de nulidad por los trámites del proceso ordinario para que esta Corporación decrete:

1. La nulidad total del Decreto 1419 de julio 28 de 1975 dictado por el señor Presidente de la República, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-ley 1817 de 1964.

En subsidio, se decrete:

1. La nulidad del artículo 1º del Decreto en mención en la parte que dice: "...o a solicitud de las organizaciones sindicales de conductores de vehículos automotores..."

2. La nulidad del artículo 4º del mismo Decreto 1419 de 1975, en la parte que dice: "...sin perjuicio de que las organizaciones sindicales de conductores puedan seguir aportando voluntariamente el inmueble y otros servicios para el cumplimiento de los mismos fines".

3. La nulidad del artículo 6º del Decreto en cita cuyo tenor literal es el siguiente: "*Artículo sexto.* Los establecimientos carcelarios de esta naturaleza, que actualmente vienen funcionando en el país con aportes voluntarios de las organizaciones sindicales de conductores, continuarán funcionando, de acuerdo con las normas del presente Decreto".

Los hechos de la demanda los resume la Sala de la siguiente forma:

a) La Ley 27 de 1963 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para introducir reformas al Código Carcelario, dictando al efecto el señor Presidente el Decreto-ley 1817 el

17 de junio de 1964 en cuyos artículos 1º a 23 consagró las disposiciones comunes a todos los establecimientos de detención, penas y medidas de seguridad, fijando sus normas generales. Al efecto el demandante se refiere a los artículos 1º, 14, al Capítulo II, artículos 24 a 36, haciendo hincapié en la preceptiva del artículo 25 que se refiere a la clasificación y separación de los reclusos en agrupaciones homogéneas;

b) En desarrollo del artículo 120 de la Constitución, el Ejecutivo Nacional reglamentó parcialmente el Decreto-ley 1817 de 1964 expidiendo para el efecto el Decreto reglamentario 1419 de julio 18 de 1975, en el cual se hace especial referencia a las llamadas "Casa-Cárcel" como sitios de reclusión de los conductores que incurren en delitos culposos en el manejo de vehículos automotores;

c) La línea jurídica trazada por la Constitución en el sentido de que la justicia es un servicio público de cargo de la Nación, se ha visto interferida por el decreto acusado al establecer distinciones y prerrogativas y monopolios en favor de las organizaciones sindicales de conductores, excediéndose la potestad reglamentaria;

d) La existencia de la "Casa-Cárcel" del conductor en algunas ciudades del país se ha visto ensombrecida por el despótico y excluyente control que de ellas ejercen algunas organizaciones sindicales que han convertido a tan benéficos establecimientos en sus feudos privados, con clara violación del régimen de legalidad, hasta el punto de que ha hecho carrera en nuestro medio la práctica reprochable de la compraventa del servicio público estatal de la cárcel;

e) En la práctica para tener acceso a la casa-cárcel del conductor, el sujeto no solamente debe sindicalizarse, sino que debe pagar una afiliación extraordinaria al Sindicato para que éste tramite su traslado del establecimiento carcelario común a la casa-cárcel, todo al amparo de las previsiones del Decreto reglamentario acusado;

f) El monopolio sindical sobre la casa-cárcel atenta también contra el ejercicio de la profesión de abogado pues lo que debería ser logrado merced a la gestión profesional conforme a las disposiciones legales, solamente se hace efectivo con la intermediaria afiliación a uno de los sindicatos, que en el caso de Bogotá, son los propietarios del inmueble sede de la cárcel del conductor y so capa de estar prestando una colaboración voluntaria para la dotación y sostenimiento de ese tipo de establecimientos, las organizaciones en cuestión ostentan con arrogancia el privilegio de ser mediadores autorizados y pagados para la prestación de tan vital servicio público en el aspecto carcelario;

g) Las llamadas contribuciones voluntarias de las instituciones privadas para la prestación de los servicios públicos estatales, no pueden tener como contrapartida tan onerosas condiciones para la administración de justicia; so pretexto del auxilio el organismo benefactor no puede erigirse como dispensador del servicio público y la delegación de tales prestaciones solamente puede verificarse mediante la observancia de precisos requisitos constitucionales y legales.

Normas violadas y concepto de la violación:

El actor divide la censura en dos partes: Una general contra el Decreto 1419 impugnado y una acusación parcial contra los artículo 1º, 4º y 6º.

Dice el actor en primer lugar, que el Decreto acusado viola los artículos 76, numerales 6º y 12, 120 ordinal 3º, y 58, inciso 3º de la Constitución Nacional; artículos 1º, 14, 21 y 25 del Decreto-ley 1817 de 1964.

Al exponer el concepto de la violación comenta el demandante la parte considerativa del acto acusado y luego expresa que el artículo 1º del Decreto 1419 faculta a las Direcciones de los establecimientos carcelarios para organizar en ellos, con el fin de facilitar la ejecución de condenas, sistemas de trabajo y grupos de acuerdo con las necesidades o aptitudes de los reclusos, entregando los artículos 2º y 3º al control y vigilancia de tales establecimientos a los directores de oficina de Distrito o de Circuito respectivos; el artículo 4º dispone que el mantenimiento es de cargo de la Nación, pero permite el uso y aprovechamiento del inmueble y otros servicios a las organizaciones sindicales de conductores; el 5º señala los requisitos que debe reunir el inmueble de la casa-cárcel; el 6º regula el funcionamiento de la casa-cárcel y finalmente, el 7º establece los requisitos para que los individuos puedan gozar del servicio de casa-cárcel.

Pasa luego el actor a comentar el Decreto 1817 de 1964, reglamentado por el decreto acusado, deduciendo lo dispuesto por su artículo primero que asigna a la Dirección la creación, organización, dirección, administración, sostenimiento y vigilancia de las Penitenciarías, Colonias Agrícolas, Reformas y Cárceles del Distrito Judicial, etc.; el artículo 14 que asigna al Estado la obligación de prestar a los [illegible], el artículo 24 establece la separación [illegible] hombres y mujeres, detenidos y condenados [illegible] y el artículo 25 que hace una clasificación [illegible] en cinco grupos con fundamento en los diversos títulos de la parte especial del Código Penal. Y concluye el demandante su cotejo de normas afirmando que la clasificación de delincuentes mencionados fue asignada en forma exclusiva al [illegible] y que a los jueces [illegible] en otra categoría. Niega [illegible] que el Decreto acusado haya efectuado una clasificación que solamente él mismo o un [illegible] o de sus agentes [illegible] puede variar, o subdividir y en [illegible] el Decreto acusado al dictar el decreto acusado sobrepasó los límites de la reglamentación, pues no podía despojar de la función de [illegible] los funcionarios al Gobierno [illegible] los Carcelarios [illegible] que para la separación de [illegible] el Decreto-ley 1817 "puso un límite [illegible] a los delincuentes políticos y sociales y a los culposos de todo [illegible] para que estos fueran alojados a los primeros [illegible] de los últimos, sino de una parte de [illegible] y que a pesar de lo ordenado el reglamentador puso el mismo régimen [illegible] para los delincuentes culposos que han violado la ley penal en accidente de tránsito

causado con vehículos *'automotores'* '...la subdivisión hecha mediante el cuerpo reglamentario acusado, no solamente es ilegal, sino también anárquica, absurda, antitécnica, odiosa, restrictiva y excluyente'. 'Solamente el Congreso podía proveer para su *reforma y/o derogación'* ", mas no el Ejecutivo al ejercer su función reglamentaria de la ley.

Comenta también el demandante que el decreto acusado divide las cárceles de los Distritos o Circuitos en dos: Cárcel para conductores acusados o condenados por delitos culposos causados con vehículos automotores y cárcel para los demás sindicados o condenados, pero que no fue esta la voluntad del legislador al instituir la clasificación de los reclusos para efectos de su separación con miras a su reeducación y resocialización, pues todas las personas son iguales ante la ley penal, y el decreto citado establece una segregación odiosa en favor de una sola clase de reclusos en detrimento de los derechos legítimos de los demás. Así mismo, en su artículo 1º establece un privilegio ilegítimo en favor de las organizaciones sindicales de conductores de vehículos automotores al señalar que las casas-cárcel podrán ser creadas de acuerdo a las necesidades del lugar o a solicitud de tales organizaciones, excluyendo de tal facultad petitoria a otros entes de derecho privado y olvidándose que la reclusión de personas en establecimientos carcelarios a órdenes de los jueces de la República debe ser garantizada por el Gobierno en forma plena, no siendo lícito que busque, sin autorización legal, sustitutos privados para tales menesteres.

La demanda presentada por el señor Toro López fue admitida por medio de providencia de 30 de enero del año en curso en la cual se ordenó imprimirle el correspondiente trámite legal. En la misma se negó la suspensión provisional que expresamente se había solicitado en el libelo demandador. El señor Ministro de Justicia se constituyó como parte por medio de apoderado especial quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora. Igualmente el señor Jairo Herrán Vargas en su condición de Vicepresidente del Sindicato Nacional de Choferes de Colombia con la coadyuvancia de otras organizaciones sindicales del mismo orden impugnó la demanda, expresando entre otras cosas, que si la norma acusada consideró conveniente contemplar la participación de las organizaciones sindicales de conductores dentro del sistema de las casas cárceles, y no de otras, ello obedeció a especiales circunstancias de carácter social y sindical que enmarcan el nacimiento y funcionamiento de tales instituciones, sin que tal situación afecte de alguna manera, modifique o restrinja la capacidad legal de otros sujetos de derecho como las fundaciones, instituciones de utilidad común, o demás organizaciones sindicales, pues no es aceptable desde ningún punto de vista mezclar a los conductores profesionales que se veían sujetos a los términos del Código Penal por un delito culposo, son aprehendidos o detenidos por un delito culposo, bajo las precarias condiciones de reclusión a que se les somete en los centros carcelarios comunes, surgieron las casas-cárceles como una reivindicación del gremio de choferes asalariados, motoristas y pequeños propietarios del servicio público de transporte. Por tal razón, dice, el Ejecutivo consideró pertinente permitir la participación directa de las organizaciones sindicales en la organización

y manutención de ese tipo de cárceles, pues eran ellas las llamadas a percatarse de la necesidad en cada lugar de organizarlas.

En cuanto a los privilegios de que habla la demanda, dice el impugnante que la norma acusada en ningún momento otorga a los directores de establecimientos carcelarios la facultad de crear casas-cárceles, sino de organizarlas de acuerdo con las necesidades del lugar y que, además, el aporte voluntario de elementos o medios de infraestructura para el funcionamiento de los sitios de reclusión llamados casas-cárceles, no es una delegación de la facultad de administrar justicia entre otras cosas, porque la actividad jurisdiccional es indelegable de suyo a los particulares como tampoco conlleva una concesión a los particulares para que estos ejecuten las sanciones impuestas por la justicia penal.

Ordenados los traslados a las partes estas guardaron silencio.

Concepto Fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación emitió su concepto de fondo en el cual pide se declare la nulidad del artículo 1º del Decreto acusado en la parte que dice: "O a solicitud de las organizaciones sindicales de conductores de vehículos automotores" y despacharse desfavorablemente las demás peticiones de la demanda.

Del concepto del señor Fiscal transcribe la Sala los siguientes apartes:

"...si el artículo 1º del Decreto-ley 1817 de 1964 asigna a la Nación la creación, organización, dirección, administración, sostenimiento y vigilancia de las penitenciarías, colonias agrícolas nacionales, cárceles de distrito judicial o circuito donde funcionan juzgados superiores, y si el artículo 25 del mismo Decreto ley 1817 faculta a los Directores de Establecimientos Carcelarios para clasificar y separar a los reclusos en diversas agrupaciones homogéneas, mal puede afirmarse que la competencia es materia exclusiva del Gobierno Nacional sino que dentro de ese esquema legal de competencias los directores de los establecimientos carcelarios tienen facultades en la materia y así se consignó en el artículo 1º del Decreto demandado el cual, a su turno, fue expedido por el Ejecutivo".

Con relación al segundo cargo, expresa "Esta Fiscalía encuentra que en estricto sentido la norma reglamentaria demandada no está alterando la división establecida en la norma reglamentada sino que, por el contrario, está organizando uno de los grupos (el segundo) que consagró esta última en virtud de lo dispuesto en su artículo 25: La posibilidad de que los directores de establecimientos carcelarios separen a los reclusos en 'agrupaciones homogéneas' como en efecto se considera, por obvias razones, que lo es el conjunto de personas detenidas o condenadas por delitos culposos en desarrollo de la actividad de conducción de vehículos. Por ello tampoco ha de prosperar este cargo".

Consideraciones de la Sala:

El Decreto-ley 1817 de julio 18 de 1975 "por el cual se reforma y adiciona el Decreto-ley 1405 de 1934 (Código Carcelario) y se dictan

otras disposiciones", en el Capítulo II trata de la clasificación de los reclusos y así, en sus artículos 25 y 26 dispone lo siguiente:

"Artículo 25. Mientras se realizan las adaptaciones y reformas en los establecimientos de detención y cumplimiento de penas, los respectivos directores procederán a clasificar y separar a los reclusos en agrupaciones homogéneas así: GRUPO I. Detenidos o condenados por delitos a que se refieren los Títulos III a XIV del Código Penal; GRUPO II. Detenidos o condenados por delitos a que se refieren los Títulos I a II de la misma obra, y por toda clase de hechos culposos; GRUPO III. Detenidos o condenados por delitos a que se refiere el Título XV del Código Penal; GRUPO IV. Detenidos o condenados por delitos a que se refiere el Título XVI del mismo Código, y GRUPO V Homosexuales".

"Artículo 26. Se procurará en todo caso, que cada uno de los grupos anteriormente señalados se encuentre totalmente separado de los otros, por lo menos en las horas de reposo, recreo y comidas. De no ser posible la separación completa, la convivencia entre los reclusos sólo tendrá lugar en las horas de trabajo o de instrucción y en los actos comunes culturales, deportivos, religiosos o de fiestas en comunidad".

Por medio del Decreto 1419 de 1975 acusado, el señor Presidente de la República reglamentó parcialmente el Decreto 1817. En su parte considerativa dice que el artículo 25 del Decreto 1817 faculta a los Directores de Establecimientos Carcelarios para clasificar y separar a los reclusos en diversas agrupaciones homogéneas, según la naturaleza del delito por el cual estén procesados o condenados, y especialmente por toda clase de hechos culposos. Que la mayoría de los accidentes de tránsito conllevan la comisión de un delito culposo cometido en el manejo de vehículos automotores, que merece un tratamiento especial por parte de las autoridades carcelarias. Que en diferentes ciudades del país se ha permitido el funcionamiento de cárceles especiales para conductores que incurren en delitos culposos en el manejo de vehículos automotores, habiendo sido bien recibido por la ciudadanía tal funcionamiento. Y con base en estas consideraciones, dispone el Decreto lo siguiente:

"Artículo 1º Los Directores de Establecimientos Carcelarios, de acuerdo con las necesidades del lugar o a solicitud de las organizaciones sindicales de conductores de vehículos automotores, podrán organizar casas-cárcel dedicadas exclusivamente para la reclusión de conductores que incurran en delitos culposos en el manejo de vehículos automotores".

"Artículo 2º El funcionamiento, control, vigilancia y régimen interno de estos establecimientos estarán sometidas a las normas carcelarias vigentes y a las especiales que dicte el Gobierno, el Ministerio de Justicia o la Dirección General de Prisiones, y quedarán anexos a la Cárcel del Distrito o Circuito Judicial correspondiente".

Con el Decreto-ley 1817 de 1964 se operó un cambio fundamental en el régimen penitenciario primordialmente frente a las actitudes sociales en el tratamiento de los reclusos, con miras a que la prisión,

que indudablemente apareja un anormal modo de vida, opere con un sentido práctico clasificándose y separándose los detenidos de acuerdo con las especiales condiciones de cada tipo de ellos, obviamente, sin que ese tratamiento penitenciario pretenda en modo alguno dar lugar a presos excelentes o de mejor familia, sino evitar que algunos de ellos por las circunstancias especiales en que incurrieron en hechos culposos, valga el caso, tengan una clasificación especial dentro del régimen carcelario.

Naturalmente que el propósito social descrito, sólo puede tener cabal cumplimiento en la práctica y en el caso específico de los conductores de vehículos automotores que incurren en violación a la ley penal por razón de su oficio, con el concurso de las agremiaciones profesionales de ellos, en tanto que, en opinión de la Sala, no sean afectados por la condena o el tratamiento especial no resulte incompatible con el cumplimiento de la misma y que, fundamentalmente de todos modos la iniciativa en la organización de las casas-cárcel esté en el Director del respectivo establecimiento carcelario, sin injerencia alguna de las organizaciones sindicales de conductores en cuanto hace al aspecto organizativo propiamente dicho, ya que de lo contrario se le estarían restando las prerrogativas del Director en esa materia, máxime que el sentido de Decreto-ley 1817 de 1964 no fue ese, como claramente se aprecia en los artículos 25 y 26 del mismo transcritos.

Ahora bien, es apenas lógico que quienes dentro de ese régimen especial llenen a las casas-cárceles queden bajo la guarda y responsabilidad de las autoridades administrativas de la correspondiente cárcel del Distrito o Circuito.

Por manera que de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 1817 de 1964, que encuentra desarrollos prácticos en el Decreto 1419 de 1975 acusado, a los responsables de hechos culposos causados en accidentes de tránsito, se les da un trato excepcional; pero es claro y así se colige de los apartes transcritos del decreto de marras, que las organizaciones sindicales de conductores de vehículos automotores mal pueden tener la capacidad decisoria que les otorga el artículo 1º del Decreto 1419 de 1975, cuando dice que los Directores de los establecimientos carcelarios, de acuerdo con las necesidades del lugar "o a solicitud de las organizaciones sindicales de conductores de vehículos automotores, podrán organizar casas-cárcel dedicadas exclusivamente para la reclusión de conductores que incurran en delitos culposos en el manejo de vehículos automotores".

La medida autorizada por el Decreto 1317 es una medida de carácter técnico y práctico tendiente a aislar a este tipo delincuencial de aquellos que ofrecen síntomas de peligrosidad. El artículo 25 del Decreto en comento autoriza a los directores de establecimientos carcelarios para clasificar y separar a los reclusos, entre otras agrupaciones en las siguientes: "Grupo II. Detenidos o condenados por delitos a que se refieren los Títulos I a II del Código Penal, *'y por toda clase de hechos culposos'*" (rayas de la Sala).

Consecuencialmente, se accederá a las peticiones de la demanda pero únicamente en cuanto hace al artículo 1º del Decreto 1419 de 1975 y en la parte que dice: "...o a solicitud de las organizaciones sindicales de conductores de vehículos automotores...", ya que para la Sala las demás disposiciones acusadas no quebrantan los ordenamientos señalados por el actor.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el concepto Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º *Declárase* la nulidad del artículo primero del Decreto 1419 expedido por el señor Presidente de la República el 18 de julio de 1975 "por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-ley 1817 de 1964", pero únicamente en la parte que dice: "...o a solicitud de las organizaciones sindicales de conductores..."

2º *Niéganse l*as demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 16 de diciembre de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Ausente; *Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

INVESTIGACION DISCIPLINARIA A FUNCIONARIOS. APODERADO (NULIDAD).

Cabe resaltar y se pone de presente el riesgo que para una adecuada protección del derecho de defensa puede representar un profesional del derecho vinculado a la misma entidad en donde labora el funcionario investigado. DERECHO DE DEFENSA. Concepto. Parcialidad e imparcialidad. Doctrina.

Decrétase la nulidad del artículo 32 del Decreto 482 de febrero 19 de 1985, dictado por el señor Presidente de la República y el Jefe del Departamento Administrativo de Servicio Civil "por el cual se reglamenta el régimen disciplinario consagrado en la Ley 13 de 1984" y sólo en la frase de su último inciso que dice: "Se designará como apoderado de oficio a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios. Si ello no fuere posible..."

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 186. Demandante: María Luisa Pinzón Jaimes.

La ciudadana María Luisa Pinzón Jaimes, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo acude ante esta Corporación para pedir la nulidad del artículo 32, inciso 5º del Decreto número 482 de 19 de febrero de 1985 expedido por el Gobierno Nacional.

Acto acusado:

Lo es, como se dijo, el Decreto número 482 de 19 de febrero de 1985 dictado por el Gobierno Nacional "en uso de las facultades que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional" y por el cual "se reglamenta el régimen disciplinario consagrado en la Ley 13 de 1984".

El artículo 32 del mismo, cuya parte enjuiciada se subraya, es del siguiente tenor:

"El oficio que contenga los cargos se entregará personalmente al investigado en su lugar de trabajo y éste deberá firmar una copia del mismo como constancia de su recibo.

En caso de que el investigado se negare a firmar, el comisionado para el efecto dejará constancia de tal hecho en la copia del respectivo oficio y firmará un testigo.

Si el empleado se encuentra desvinculado de la entidad o suspendido del empleo que desempeña se solicitará su presentación ante el investigador para hacerle entrega del pliego de cargos, mediante telegrama dirigido a la dirección residencial que aparezca registrada en su hoja de vida o de la que se tenga noticia por cualquier medio, dejando constancia de ello en el expediente.

Si transcurridos cinco (5) días hábiles, contados a partir de la fecha de envío del telegrama, el investigado no se presentare a notificarse de los cargos, se le designará de oficio un apoderado y se continuará la investigación hasta su culminación.

Se designará como apoderado de oficio a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios. Si ello no fuere posible, se recurrirá para el efecto a la lista de auxiliares de la justicia" (Subraya la Sala).

Concepto del Fiscal Primero:

Opina que deben prosperar las pretensiones de la demanda y al efecto expone las siguientes razones:

«b) Al leer detenidamente la Ley 13 de 1984, concretamente en su artículo 12 relativo al derecho de defensa se observa que en ninguna parte se habla del "apoderado de oficio" entendiéndose entonces que si no se dijo nada al respecto "se aplicarán las normas legales que rigen la materia" y el Decreto reglamentario no podía *motu propio* (sic) crear esa institución.

En lo relativo a la potestad reglamentaria ha sido reiterada la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado y así ha dicho que:

"El Gobierno so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede ampliar ni restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas porque ello no sería reglamentar sino legislar".

"El reglamento es como lo ha sostenido la jurisprudencia. 'El instrumento natural de la administración para que los servicios públicos funcionen, para que la ley se cumpla pero no para que la sustituyan, es un complemento indispensable pero sólo en la medida en que actualice la ley y las acomode a las necesidades de cada tiempo' " (Sentencia de mayo 21 de 1973 expediente 2236. Ponente doctor Miguel Lleras Pizarro).

Sin demasiado análisis hay que concluir que la norma demandada no sólo extralimita la potestad reglamentaria, sino que ubica al investigado en una situación de desventaja al ser un abogado de la misma entidad que se presume lesionado quien designaría a uno de sus funcionarios para defender los derechos del inculpado (sic).

Para la Fiscalía bastan estas consideraciones para solicitar se acceda a las peticiones de la demanda».

Consideraciones de la Sala:

1. El Consejero ponente al resolver la petición de suspensión provisional del acto enjuiciado accedió a ella parcialmente.

La Sala de Decisión, con mayoría de los Consejeros, en sede de súplica, revocó aquella providencia porque a primera vista no encontró el quebranto constitucional alegado y al efecto se fundó en el siguiente razonamiento:

a) El texto acusado debe mirarse frente al largo artículo 32 al cual pertenece y que trata justamente de cómo defenderse el investigado a través de sus descargos, del pliego de cargos que se le formule. "Es decir que en ninguna circunstancia el investigado carecerá de defensa cumplida por un abogado en ejercicio o, lo que es lo mismo, que no se vulnerará por ningún aspecto ese derecho de defensa, sino que de toda suerte habrá de ser ejercido, practicado, realizado. Una acotación más: La asistencia jurídica al investigado es más efectiva a través de un abogado de la misma entidad, que está laborando ahí al lado del cuestionado disciplinariamente y por tanto vigilado por sus compañeros de trabajo y por sus superiores, que por un auxiliar de la justicia, quien por lo general, a disgusto cumple con la obligación impuesta, si es que llega a cumplirla";

b) "...El abogado apoderado de oficio, si a alguien se debe primeramente, no es a la entidad a la cual presta sus servicios, sino esencialmente a la propia Constitución Nacional, a la ley, al ordenamiento jurídico y al cabal cumplimiento de sus funciones, puesto que, como lo prescribe llanamente nuestro Estatuto Máximo, 'ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben'. El mejor servicio que le puede prestar un empleado a la entidad en donde trabaja, más aún si es abogado y respeta la dignísima profesión del Derecho, es acatar severamente el juramento que prestó al posesionarse".

2. a) La Sala acoge en la presente oportunidad las apreciaciones del Consejero ponente —luego de examinadas y repasadas detenidamente las consideraciones anteriores de la Sala de Decisión— y que se contienen en los siguientes apartes de su auto de suspensión provisional de 21 de abril de 1987 como motivación de esta sentencia y así decretará la nulidad parcial del acto impugnado:

«Solicitud de suspensión provisional.

El demandante sustenta ésta en las siguientes razones de orden jurídico:

a) La norma impugnada vulnera el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Carta Política "puesto que la misma entidad que adelanta una investigación dentro de un proceso disciplinario, es quien nombra a uno de sus abogados para la defensa del investigado, circunstancia esta que no ofrece la im-

parcialidad necesaria, toda vez que hay intereses antagónicos, perjudicándose de este modo el derecho de defensa del inculpado ya que en razón del carácter penal administrativo que tienen los procesos disciplinarios, operan las normas que se derivan del artículo 26 de la Carta Constitucional";

b) Al leer detenidamente la Ley 13 de 1984, concretamente su artículo 12 relativo al derecho de defensa se observa que en ninguna parte se habla del "apoderado de oficio" entendiéndose entonces que si no se dijo nada al respecto "se aplicarán las normas legales que rigen la materia" y el Decreto reglamentario no podía *motu proprio* crear esa institución.

Entonces, el Decreto reglamentario no puede desbordar la ley reglamentada según jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.

Consideraciones:

1. El instituto de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, como excepción que constituye el principio de legalidad de ellos, se contempla para el caso excepcional de que infrinjan normas superiores de derecho y ello no de cualquier modo sino manifiestamente, *prima facie* "...que se pueda percibir a través de una sencilla comparación..." como lo previene el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Así ha venido entendiéndolo de antiguo la jurisprudencia del Consejo de Estado que continúa vigente con el nuevo estatuto.

2. Es así entonces que si se confronta el precepto acusado con el artículo 26 de la Carta, se desprende a primera vista y sin ningún esfuerzo intelectual que aquél, al establecer que el funcionario objeto de una investigación disciplinaria estará asistido por un apoderado de oficio que será un abogado en ejercicio del mismo organismo en el cual presta sus servicios, quebranta el derecho de defensa consagrado en el canon constitucional referido, ya que no puede negarse que dicho profesional por pertenecer a la nómina de la entidad oficial, quien es su patrono, tiene un vínculo jurídico con ella que, en una u otra forma lo hace deberse primeramente a ella y que por lo tanto, podría empañar su actividad abogadil de consejería en pro del investigado.

No es que se parta de la base de la parcialidad, pero basta con que por lo menos pueda presentarse la duda de su ocurrencia para que los derechos de los inculpados puedan no sentirse lo debidamente resguardados y de ahí surge la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada.

Esta apreciación se halla reforzada por el artículo 12 de la Ley 13 de 1984, que al consagrar las garantías de que se rodea el empleado investigado relacionadas con la protección de su derecho de defensa, termina concediéndole el derecho a que sea asistido por su Organización Sindical. Es decir que más bien se le entrega y confía al Sindicato a que esté afiliado el funcionario la posibilidad de asesorarlo porque se estimó que hay comunidad de intereses entre una y otro.

Dicho artículo 12 es del siguiente tenor:

"*Derecho a defensa.* En toda investigación disciplinaria el empleado tendrá derecho a:

a) Conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación;

b) Ser oído en declaración de descargos y a que se practiquen las pruebas que solicite, siempre que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos;

c) Ser asesorado por la organización a la que esté afiliado".

La medida precautelar que aquí se decretará no incluye la parte final del inciso 5º del artículo 32 que contempla el nombramiento de auxiliares de la justicia porque respecto de estos no milita la reserva de parcialidad antes anotada.

Adviértese que la violación constitucional se produce sea que se trate de la investigación del empleado vinculado a la entidad o del desvinculado o suspendido que no comparece, ya que la norma enjuiciada no es lo suficientemente clara al respecto» (fls. 16, 17, 18 y 19).

Sobre lo anterior hace la Sala adicionalmente las siguientes precisiones:

No es que indefectiblemente se parta de la parcialidad del abogado y del incumplimiento de sus deberes profesionales. No, de ninguna manera. Mas lo que cabe resaltar y se pone de presente es el riesgo que para una adecuada protección del derecho de defensa puede representar un profesional del derecho vinculado a la misma entidad en donde labora el funcionario investigado.

Es definido el derecho de defensa como el que se tiene para alcanzar una decisión justa de la controversia que se le suscita al demandado o imputado, y todo ello sobre el presupuesto de darse a éste la ocasión de ser oído para defenderse, presentar alegatos, interponer recursos, en igualdad de condiciones. Entonces esta igualdad podrá verse más bien afectada con la sola dubitación que se tenga sobre si el susodicho apoderado coloca siempre por encima de cualquier circunstancia sus deberes profesionales y se atiene así a los cánones morales que enaltecen y honran su profesión.

b) Dentro de los cánones de ética profesional que debe presidir la actividad del abogado en el asunto litigioso, debe tenerse siempre de presente que su posición en el proceso será de *parcialidad* y en pro de los intereses de su defendido.

Al respecto comenta Calamandrei en "El elogio de los jueces escrito por un abogado":

"La balanza es el símbolo tradicional de la justicia porque parece que representa materialmente el juego de fuerzas psíquicas que hace funcionar el proceso, en el cual para que el juez, después de algunas oscilaciones se detenga sobre la verdad, es necesario

que promedie la lucha de las *dos contrapuestas tesis extremas, como los dos platos de la balanza,* para contrapesar, deben gravitar sobre la extremidad de cada brazo.

"Cuanto las fuerzas contrapuestas más se alejan del centro de la barra (o sea de la imparcialidad del juzgador) tanto más sensible resulta el aparato y más exacta la medida. Así los abogados, tirando cada uno lo que puede de su parte, crean el equilibrio en cuya busca va el juez; quien quisiera censurar su parcialidad, lo que debería condenar es el peso que actúa sobre el platillo de la balanza.

"El abogado que pretendiese ejercitar *su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición del juez, sino que sería la peor repetición de éste;* porque no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibrante de una parcialidad del contradictor la reacción equilibrante de una parcialidad en sentido inverso, creyendo ayudar a la justicia, favorecería el triunfo de la injusticia contraria" (Se subraya). (Editorial Góngora, Madrid, 1936, páginas 72, 73).

Y Amílcar Mercader en su obra "Abogados" puntualiza al respecto:

"En ese sentido, *la recíproca parcialidad de cada abogado,* además de necesaria, es valiosa porque, a través de ella, el órgano de la justicia recibe el doble auxilio del esfuerzo reconstructivo de los sucesos y del estudio, cuando se profundiza en los principios científicos, para facilitar una interpretación más cierta y esclarecida de las reglas legales.

No es posible olvidar que el mejor resultado del proceso se relaciona con los más razonables fundamentos de la sentencia, y que la justicia de la misma depende del hallazgo de la norma exacta que resuelva el caso de manera inequívoca.

Para encontrarla debe comenzar por establecer la relación entre los hechos litigiosos y la medida jurídica que contenga la solución impartida por el legislador para ese caso.

. . . . . .

Ya dije que la *parcialidad del abogado es útil y necesaria.* El proceso la exige y parte de ambas parcialidades para organizar un sistema de fuerzas contrapuestas que encuentran su equilibrio en la sentencia.

Pedir que el abogado se mantenga equidistante y acoja con indiferencia el interés de su clientela, es pedirle que se constituya en árbitro y que pierda su lugar en el proceso, porque dentro del mismo su función sería idéntica a la del juez, pero inexpresiva e infecunda. Antes al contrario, es posible que en la mayoría de las ocasiones fuese bulto que estorba sin causa la actividad de la jurisdicción" (Se subraya). (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, págs. 99 y 101).

Luego esa dicotomía que se introduce en el acto acusado de ser el propio abogado del organismo público el defensor de oficio del

funcionario objeto de investigación, siendo que debe por sobre todo velar por los intereses de este último, podría colocar a tal profesional en situación de conflicto de intereses en el desempeño de su gestión.

c) El Gobierno desbordó la potestad reglamentaria de que está investido por el artículo 120, ordinal 3º de la Carta Política, pues el acto acusado va más allá de lo prevenido en el artículo 12 de la Ley 13 de 1984, antes transcrito, dado que éste estructura el derecho de defensa en el siguiente tríptico:

I. Que el empleado investigado disciplinariamente tiene el derecho de conocer el informe y las probanzas que se alleguen.

II. Que tiene derecho a ser oído en sus descargos y a que se practiquen las pruebas pedidas por él.

III. Que puede ser asesorado por la organización a la cual esté afiliado.

Viene a verse entonces que el artículo 32, inciso 5º del Decreto 482 de 1985 no sólo introduce un elemento nuevo en cuanto hace al derecho de defensa del investigado, cual es el de poner al abogado de la misma entidad a prestarle sus servicios a aquél, sino que resulta desplazando a la organización gremial a que pertenezca el empleado, quien es la legitimada para darle su asesoría si fuere menester.

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

Falla:

Declárase la nulidad del artículo 32 del Decreto número 482 de 19 de febrero de 1985 dictado por el señor Presidente de la República y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil "por el cual se reglamenta el régimen disciplinario consagrado en la Ley 13 de 1984" y sólo en la frase de su último inciso que dice "se designará como apoderado de oficio a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios. Si ello no fuere posible..."

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. Diferencias en sus procedimientos.

2. Finalidades de la ley en cada derecho.

3. Mecanismos sancionatorios.

4. Responsabilidades.

5. Con una misma conducta se pueden haber infringido, a la vez, disposiciones administrativas y disposiciones penales sin que se esté violando el PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: Doctor José Alberto Roldán B. Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 1331. Apelación sentencia. Actor: Luis Suárez Cifuentes.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 314-317) contra la sentencia del 27 de noviembre de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda y se ordenó compulsar copias con miras a que se investiguen las faltas a la ética profesional en que hubiera incurrido el doctor Alirio Pantoja Ibáñez (fls. 299-312).

I. Antecedentes:

1. El doctor Luis Suárez Cifuentes, por intermedio de mandatario judicial demandó la nulidad de los Decretos 1647 del 29 de junio de 1984 (fl. 17), 1935 del 8 de agosto de 1984, aclaratorio del anterior (fl. 19), y 2307 del 18 de septiembre del mismo año (fl. 21), expedidos por el Gobierno Nacional (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), por los cuales se destituyó al actor del cargo de Administrador de Aduanas de Cúcuta y se le inhabilitó para el ejercicio de empleos públicos por el término de un año. Se solicita en la demanda el correspondiente restablecimiento del derecho.

2. Accedió el Tribunal a las súplicas de la demanda, trás sentar la premisa de que "en este proceso hay *contradicción* de dos situaciones

planteadas, hay anomalías, hay quebrantamiento del derecho de defensa, y hay vicios procedimentales" (fl. 394).

Se explica este enunciado en la siguiente forma:

«Haciendo un análisis detenido, serio e imparcial, al contenido expedencial, esta honorable Sala pone de presente, que en este proceso hay *contradicción* de dos situaciones planteadas, hay anomalías, hay quebrantamiento del derecho de defensa, y hay vicios procedimentales.

Examinemos, con imparcialidad, cada uno de los presupuestos explicitados:

a) Hay *dos situaciones jurídicas* que se oponen y se contradicen, en relación al sujeto pasivo de la acción penal y de la investigación disciplinaria, y sobre *los mismos hechos*.

La acción penal desemboca en la *inculpabilidad* del acusado doctor Luis Suárez Cifuentes.

La investigación disciplinaria finaliza en la culpabilidad del inculpado y trae como consecuencia la *destitución* del mismo y la inhabilidad, durante un año, para ocupar cargos públicos.

Veamos estas dos posiciones contradictorias, que se repelen mutuamente, pues no pueden ser ambas verdaderas, ni ambas falsas, pues es imposible que una misma cosa y un mismo hecho sea y no sea al mismo tiempo.

1. En providencia del 14 de diciembre de 1983, el Juzgado Primero del Distrito Penal Aduanero, después de un serio estudio y un pormenorizado examen al contenido expedencial, haciendo un análisis crítico y valorativo al acervo probatorio, en relación con la prueba testimonial, la documental y la inspección judicial, llega a la siguiente *conclusión resolutoria:*

"*Primero: Sobreseer definitivamente* a los señores Juan Bautista Calderón Andrade, Emiro Vila Rangel, Rodrigo Olaya Barrios y Luis Suárez Cifuentes, de condiciones civiles y anotaciones personales conocidas en autos, por los cargos que dieron origen a su indagatoria".

"*Segundo:* Oficiar al señor Administrador de la Aduana Nacional de la localidad, *para efectos de que se prosiga la nacionalizacón del Organo Eléctrico marca Yamaha, serial 5623* avaluado en la suma de $ 36.500.00, el cual ingresó al Almacén del Fondo Rotatorio de Aduanas mediante Acta de Ingreso número 629 de marzo 17 de 1983" (Cf. fl. 162).

Vale la pena, para una mayor clarificación de lo resuelto por el Juzgado, y que fuera *confirmado* por el superior en providencia del 17 de mayo de 1984 (Cf. fls. 103 a 111 inclusive vuelto), transcribir algunos apartes de la providencia:

"...El Despacho considera y así lo determina que *en ningún modo* [illegible] *a los sindicados fueron partícipes en el acto que les imputaron*, porque sus conductas estuvieron encaminadas a importar (Juan Calderón) *asesorar* (doctor Luis Suárez Cifuentes), y cumplir con sus funciones (Cabo Vila Emiro, Guarda Rodrigo Olaya), *que no son reprimibles* en virtud de haberse truncado el ITER de la

nacionalización de las mercancías y por ende no ser suceptible (sic) *de infracción alguna*" (Cf. fl. 106 —subraya esta Sala).

"...Las consideraciones anteriores permiten al Juzgado entrar a definir y sostener que estamos en presencia *de una conducta atípica*, desplegada por los señores Calderón, *Suárez*, Vila y Olaya..." (Subrayado propio —Cf. fl. 107—).

"...sabido es que para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (art. 2º del C. P.); que fallando cualquiera de los ingrredientes (sic) del hecho se está en presencia de causales bien de atipicidad, antijuridicidad o de inculpabilidad, que en el caso *sub exámine* el Juzgado declara que estamos en presencia de las primeras, que la investigación sometida a calificación carece de ingredientes para que el tipo tenga entidad jurídica, por ello es carecer de tipicidad sería inocuo entrar a pronunciarse sobre la juridicidad y culpabilidad y de sus emimentes helga (sic) decir antijuridicidad e inculpabilidad".

"Como consecuencia de ello procede a declarar que los *sub júdices no son suceptibles (sic) de reproche alguna (sic) por partes de la jurisdicción especializada de aduanas y que su conducta estuvo conforme a Derecho, que se debe proseguir la nacionalización de la mercancía entregada en este proceso (Organo)* como corolario de las razones expuestas anteriormente se determina que estamos en presencia de la causal 1ª, inciso final contemplada en el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, que se permite transcribir:

" 'Sobreseimiento definitivo. El sobreseimiento definitivo será: 1. Cuando aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, *o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, y...*' " (El subrayado es del Despacho —Cf. fl. 107—).

2. Ahora, veamos, cuál es la posición de la Dirección General de Aduanas —División Vigilancia Administrativa— de la Comisión de Personal y de la Entidad Nominadora.

Con fecha 15 de septiembre de 1983, en cumplimiento de lo ordenado por la División de Vigilancia Administrativa, se decretó *la apertura de la investigación administrativa* número 449, contra el Administrador de la Aduana de Cúcuta, doctor Luis Suárez Cifuentes (Cf. fl. 5), y con fecha octubre 6 del mismo año (1983) se decretó la *apertura también investigativa administrativa* número 451 contra el mismo doctor Suárez Cifuentes (Cf. fl. 3).

Con fecha 10 de mayo de 1984, la Comisión de Personal "por unanimidad deciden recomendar que el Administrador Luis Suárez Cifuentes, sea sancionado con la destitución de su cargo e inhabitado (sic) por el término de un (1) año para el desempeño de cargos públicos" (Cf. fl. 29).

Con fecha 29 de junio se produjo el Decreto número 1647 de 1984, por medio del cual se *decretará* la *destitución* del señor Luis Suárez Cifuentes del cargo de Administrador de Aduanas 2070-09 de la Administración de la Aduana de Cúcuta de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Cf. fl. 17).

Con fecha 8 de agosto de 1984, mediante el Decreto número 1935, se aclaró el artículo 2º del Decreto número 1647 en el sentido de que la inhabilidad impuesta al señor Luis Suárez Cifuentes para el ejercicio de cargos públicos es de un (1) año y no de un (1) mes como allí se dice (Cf. fl. 19)» (fls. 304-307 del cuaderno principal).

Con el mismo criterio puntualiza luego las "anomalías existentes en relación a la investigación disciplinaria", así:

«1. Si se examina con detención *el hecho*, por el cual se le abrió investigación disciplinaria al doctor Luis Suárez Cifuentes, y que también fuera objeto de investigación penal, se trata de *uno* y *mismo hecho* revestido de varias circunstancias o modalidades, pero que revierten en el mismo suceso.

Se trata de una mercancía, un *Organo "Yamaha"*, procedente de Venezuela con destino a Bogotá, el cual se iba a nacionalizar. Este es el hecho único y principal, revestido de las circunstancias de que fue escoltado desde el puente internacional, y que para facilitar el transporte y destino del mismo, el señor Administrador de Aduanas, en Cúcuta, puso el *visto bueno* a una tarjeta dirigida a las "Autoridades de Aduana", donde se recomendaba al señor Emiro José Arrazona Ospina, quien transportaba el equipo de sonido.

Es de aclarar que la escolta o acompañamiento que es común en el Resguardo Nacional de Aduanas, cuando, como en el caso presente, se trata de mercancías sin nacionalizar y que llevan una destinación específica en territorio colombiano. En este caso la mercancía ingresaba a Colombia por el Puente Internacional, con destino a la bodega de la Aduana de Cúcuta y el acompañamiento era necesario a fin de que efectivamente llegara a su destino.

Entonces, por qué se le abren al doctor Luis Suárez Cifuentes, *dos* investigaciones disciplinarias *por un mismo hecho*? Investigaciones correspondientes a los números 449 de fecha 15 de septiembre de 1983, y la 451 de octubre 6 de 1983?

Acaso no existe un principio filosófico, jurídico y de carácter universal: *NON BIS IN IDEM*?

2. Si se examina el concepto *de la Comisión de Personal* es fácil notar también anomalías, irregularidades, y parcialidad. Si ya los integrantes de esa Comisión tenían conocimiento de lo resuelto por la Justicia Penal Aduanera, cuatro meses veintiséis (26) días, aproximadamente, antes de *rendir concepto*, que fue el 10 de mayo de 1984, *por qué entonces* vienen a pronunciarse desfavorablemente, a lo resuelto, anteriormente, en forma favorable?

Esta va también contra el axioma: *"QUID DE UNO DICIT DE ALTERO NEGAT"*.

Basta leer el *concepto* emitido por los Miembros de la Comisión de Personal, para ver matices de parcialidad contra el doctor Luis Suárez Cifuentes (Cf. fls. 31 a 37).

Por ejemplo, el doctor Daniel Guzmán comienza su exposición *"diciendo que insiste en la destitución* de los inculpados *a pesar de*

que el Juzgado del conocimiento de la acción penal aduanera haya proferido auto de sobreseimiento. Y afirma que va a solicitar a la Procuraduría revisión del proceso y del fallo..." (Cf. fls. 32 final y 33 inicio —subraya la Sala—).

Cabe preguntar al doctor Daniel, sí conocería y leería el fallo, o providencia del Juez Primero del Distrito Penal Aduanero? Y acaso no fue *confirmado* por el superior?» (fls. 307 a 309 del cuaderno principal).

Señala, más adelante, que "se quebrantó el derecho de defensa por parte de la Comisión misma de Personal".

Y que se propone demostrarlo:

«Ya hemos examinado en que en este proceso hubo *contradicción* en dos situaciones planteadas, hubo anomalías, o sea, irregularidades, pero ahora vamos a demostrar que también *se quebrantó el derecho de defensa,* por parte de la Comisión misma de Personal.

Si el doctor Alirio Pantoja Ibáñez, fue designado como *representante* del doctor Luis Suárez Cifuentes, sin que conste en el Acta número 9 de fecha 10 de mayo de 1984, de la Comisión de Personal, *cómo se hizo esa designación,* es decir, si se cumplieron los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 2045 de 1969, o se hizo también bajo el matiz de anomalía, si fue designado como *representante,* insistimos, *para qué era*? O bien, para que probara su inocencia, o para que alegara causales eximentes o atenuantes de su responsabilidad. Acaso el representante no viene a convertirse en vocero del representado?

Y qué fue lo que hizo el representante Alirio Pantoja Ibáñez, a nombre de su representado Luis Suárez Cifuentes? *Pedir que lo destituyeran.* Esto no es al caso una flagrante vulneración al derecho de defensa? Acaso ese representante no estaba, abiertamente, violando la propia Constitución, que ampara y da garantías, aún al culpable, para que se defienda?

Su obra merece ser investigada por la justicia ordinaria, compulsando copias del Acta número 09 de fecha 10 de mayo de 1984, de la Comisión de Personal, por faltas a la ética profesional.

Su conducta antiética va en contra del axioma jurídico:

"QUI FACIT PER ALIUM EST PERINDE AC SI FACIAT PER SE IPSUM"» (fls. 309 a 310 cuaderno principal).

Finalmente, anota:

"*En cuanto a los vicios procedimentales,* a los folios 244 a 247, el libelista los presenta en forma clara, asistiéndole razón jurídica. Por economía procesal, al estar acorde con el censor, también en este punto, no es necesario entrar a más detalles" (fls. 310-311 del cuaderno principal).

II. El recurso:

Argumenta la recurrente:

"El argumento número uno que su fallo toma como pilar eficaz para la prosperidad del libelo, es contar que el funcionario público destituido fue sometido a la congoja del proceso penal aduanero y fue absuelto por el expediente fácil de la cesación procedimental, pues un Juez de la República había encontrado que la conducta acusada no era punible, por atípica e inocua y que por tanto, al no ser reo de delito, mal podía serlo de reproche disciplinario.

Reiterada doctrina y abundante jurisprudencia indican que los dos Derechos, Penal y Disciplinario, son autónomos, que no se contraponen y que su valoración es distinta, aunque se nutran de unos mismos hechos y circunstancias.

La conducta, como tal, puede ser fútil a la ley punitiva y sin embargo enervar acción de disciplina, pues mientras la primera guarda relación con una exacta casasión (sic) de los hechos a la norma, la segunda tiende a encauzar la forma y la manera como el funcionario debe desarrollar su labor. En este momento debemos recordar que el dependiente del Estado es responsable no solamente por acción u omisión, sino también por extralimitación.

En orden a guardar una línea de sindéresis con la exposición que hago, tenemos que no siempre la responsabilidad disciplinaria conlleva la penal; que no siempre la inculpabilidad penal trae la irresponsabilidad administrativa; y, que por contra, solamente en el evento de darse esta última, se arrastra la no responsabilidad penal.

Eliminar el reproche disciplinario con el argumento de que los mismos hechos fueron sosiayados por la justicia penal, es hilar bastante delgadito y de hacer carrera la teoría, se podría llegar incluso a permitir la suspensión inter procesos —penal y disciplinario— acudiendo para ello a las remisiones de legislación con las cuales se llenan las lagunas de los procedimientos.

Valdría ejemplificar ahora un caso según el cual un funcionario público es acusado por la comisión de conductas enervantes de punibilidad y disciplina y que, so pretexto del *non bis in idem*, excelso latinajo, se pudiera paralizar la ordalía penal hasta dar por terminada la disciplinaria. Qué fácil llegar a crear con este argumento una vía expedita hacia la impunidad!".

. . .

"El segundo pilar de apoyo de la providencia cuestionada radica en la apreciación según la cual al acusado Luis Suárez Cifuentes se le violentó el derecho de defensa, pues quien había sido designado su representante ante la Comisión de Personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a cambio de demostrar la inocencia del procurado o clamar por la atenuación o la lenidad de la sanción, se inclinó por adherir a la unanimidad de la concurrencia y él mismo solicitó sanción.

El funcionario público a quien se inicia y prosigue proceso para encauzar la quebrantada disciplina, tiene, a través del mismo y desde su propio nacimiento, la facultad legal y real de ejercitar su sagrado derecho de defensa. Derecho que obedece a la paremia constitucional de que nadie puede ser vencido si no se le oye y no puede ser castigado si no se le vence.

Esa oportunidad *real* se traduce en la oportunidad cierta de pedir pruebas y exigir que le practiquen cuando sean idóneas y conducentes; en la facultad de hacerlo por sí mismo o en la de designar un apoderado que le represente ante la Administración que le procesa; más allá: En la defensa que el mismo Estado le prodiga al designarle quién por él lo haga si no quiere o no puede hacerlo; en la ritualidad de un proceso que se surte a pasos preestablecidos y lógicos, durante todos los cuales el encartado pueda llegar a rebatir, argumentar, alegar, imprecar e inclusive a acudir a instancias superiores si considera que su derecho se ha vulnerado".

...

"Cuando un negocio llega al conocimiento de la Comisión de Personal, *ya* se ha surtido todo un trámite y de ella sólo se espera *un concepto*, fundamentado en las pruebas recabadas y no es, ante la Comisión de Personal, donde debe ejercerse el derecho de defensa alegado por el libelista, sino en el decurso del disciplinario, pues a esta última fase del rito procesal llega el informativo solamente para la evaluación.

El Comité de Personal simplemente cumple un requisito de forma, cual es el de estar integrado por ciertas personas —determinadas— y de que el acusado esté por sí o por medio de representante, para que la decisión no se tome a espaldas del interesado, pero no es precisamente el recinto de sesión del Comité el sitio de alegaciones sino el de evaluaciones, por lo que pierde fuerza el argumento del *a quo* que se toma como base para dictar sentencia" (fls. 314 a 316 del cuaderno principal).

III. El concepto del Ministerio Público:

Comparte la Sala los diáfanos conceptos de la señora Fiscal Quinto de la Corporación, quien con acuciosa meticulosidad analiza la situación en los siguientes términos:

«Se solicitó en la demanda la nulidad de los actos proferidos por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda, mediante los cuales destituyeron del cargo al doctor Luis Suárez Cifuentes y lo inhabilitaron para el ejercicio de cargos públicos por el término de un año.

Para sustentar la nulidad y el restablecimiento del derecho se argumentó fundamentalmente lo siguiente:

a) *Violación del derecho de defensa*; por irregularidades en el proceso disciplinario, que se hacen consistir en: Incumplimiento de los términos; falta de decreto y práctica de una prueba solicitada y no indicación de término para practicar las decretadas, demora en la

notificación personal de los actos acusados, irregularidad en la designación del representante de los empleados en la Comisión de Personal, el cual pretende tener como representante del demandante, acusándolo de no haber defendido sus intereses;

b) *Exceso en la sanción*, pues "... las faltas imputadas a mi patrocinado, dentro de un criterio de equidad y hermenéutica jurídica, son leves y podía haberse disciplinado con una simple suspensión de funciones; sin embargo, y sin mayores consideraciones al respecto, la Comisión de Personal consideró tales faltas como graves..."

Aquí se argumenta también el hecho de haber sido absuelto el doctor Luis Suárez Cifuentes dentro del proceso penal que se adelantó por el presunto delito de contrabando de un *Organo Yamaha*, admitiendo que es cierto que son independientes el proceso disciplinario y el penal, pero que no puede haber un distanciamiento tal entre los dos, como para que el inculpado sea absuelto en el proceso penal y condenado en el disciplinario, cuando es más rígido el penal que éste;

c) Los funcionarios llamados a la Comisión de Personal no aportaron nuevos elementos de juicio y se limitaron a pedir nuevamente la destitución del actor; no arrojaron ninguna luz en puntos oscuros de la investigación, se convirtieron en sus fiscales, y por tanto violaron el artículo 57 del Decreto 2400 de 1968;

d) Se habla también de desviación de poder, pues según la demanda, la Administración al proferir los actos acusados no buscaba fines plausibles como el mejor servicio o la moralización del mismo, sino producir una vacante más para llenarla por el sistema del clientelismo político.

De falsa motivación, en cuanto el Decreto 1647 de 1984 no es sino el trasunto de la investigación disciplinaria y las conclusiones recaídas sobre ella se resiente de subjetividad, pues sólo atienden aquellos aspectos desfavorables al actor y no los que le convienen para su defensa.

El Tribunal en la sentencia apelada accedió a las súplicas impetradas, con base en estas consideraciones:

Que en el proceso se pone de presente "contradicción de dos situaciones planteadas, hay anomalías, hay quebrantamiento del derecho de defensa y hay vicios procedimentales".

Contradicción en relación al sujeto pasivo de la acción penal y de la investigación disciplinaria sobre los mismos hechos, en cuanto la acción penal desemboca en la inculpabilidad del acusado y la disciplinaria en la culpabilidad.

Se pregunta también el Tribunal —aun cuando éste no fue argumento de la demanda—, por qué se le abren al doctor Luis Suárez Cifuentes dos investigaciones disciplinarias por un mismo hecho?, la número 449 de 15 de septiembre de 1983 y la 451 de 6 de octubre de 1983. Como si no existiera el principio *non bis in idem*.

Los miembros de la Comisión de Personal, a pesar de tener conocimiento de lo resuelto por la justicia penal aduanera, se pronunciaron desfavorablemente, es decir, en contra del doctor Luis Suárez Cifuentes.

Si el doctor Alirio Pantoja Ibáñez fue designado como representante del doctor Luis Suárez Cifuentes, por qué no defendió sus derechos? El Tribunal llega a considerar su conducta como antiética y cree que merece ser investigada por la justicia ordinaria.

Finaliza manifestando su aceptación a lo dicho en la demanda en cuanto a vicios procedimentales, sin especificar en qué consisten, y por estas razones falla en forma favorable al actor.

Inconforme con esta decisión, la doctora apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpone el recurso de apelación argumentando:

1. Los derechos penal y disciplinario son autónomos. No se contraponen, su valoración es distinta, aunque se nutran de unos mismos hechos y circunstancias. No siempre la responsabilidad disciplinaria conlleva la penal, ni la inculpabilidad penal trae la irresponsabilidad administrativa.

2. En cuanto al derecho de defensa y el proceso disciplinario afirma que este derecho se traduce en la oportunidad cierta de pedir pruebas y exigir que se practiquen las que sean idóneas y conducentes; en la facultad de hacerlo por sí mismo o en la de designar un apoderado; en la ritualidad del proceso que se surte a pasos preestablecidos, durante los cuales el encartado puede rebatir, argumentar, alegar, e inclusive acudir a instancias superiores. Cuando un negocio llega al conocimiento de la Comisión de Personal ya se espera un concepto fundamentado en las pruebas recabadas, y no es ante dicha Comisión donde se ejerce el derecho de defensa. El Comité de Personal cumple un requisito de forma cual es el de estar integrado por determinadas personas, y rendir su concepto.

Esta Fiscalía no comparte las razones en la cuales el Tribunal fundamentó su sentencia.

Preciso es anotar, que en el libelo de demanda ni siquiera se desconocen las faltas imputadas; se consideran leves y por ende, excesiva la sanción.

El Tribunal, y también el demandante, pretenden encontrar contradicción entre lo resuelto por la justicia penal aduanera y la decisión con la que culminó el procedimiento disciplinario.

Sin embargo olvidan, que son dos procesos de naturaleza diferentes, que por tanto no están llamadas a contraponerse en sus resultados ni a obstaculizarse. En efecto, una conducta digna de ser sancionada disciplinariamente, puede no ser constitutiva de delito

En el caso concreto de autos, si bien el doctor Luis Suárez Cifuentes no estaba incurso en delito de contrabando, actuó en forma que no se compadece con su experiencia y conocimientos sobre la materia, sin que sirva de excusa el alegar que otros asaltaron su buena fe.

Su cargo directivo le obligaba a tener todas las precauciones y a evitar procederes que pudieran arrojar sospechas o facilitar actos indebidos.

Estos procederes, que él califica como faltas leves, son los que fueron sancionados disciplinariamente, sin que en verdad pueda decirse que se incurrió en excesos.

El resultado del proceso penal, no podía ni condicionar ni modificar el del proceso disciplinario. Es por eso que pueden adelantarse en forma simultánea.

En cuanto a la violación del principio *non bis in idem*, encuentra la Fiscalía que es un cargo aducido por el Tribunal y no por el actor.

Además, no está probado; el Tribunal incurre en un error al dar por establecido que las investigaciones disciplinarias. números 449 y 451 se adelantaron por los mismos hechos. En realidad lo fueron por hechos diferentes. Precisamente el doctor Suárez Cifuentes solicitó su acumulación y la de otra investigación que se le había abierto anteriormente, y se queja de que sólo estas dos últimas fueron acumuladas; pero en ningún momento afirma que las dos correspondieran a los mismos hechos.

Por lo que hace a irregularidades en el procedimiento disciplinario, la Fiscalía no encuentra ninguna que pueda conducir a su nulidad.

A este respecto siempre ha sostenido, que lo fundamental es el respeto al derecho de defensa, dando al inculpado la posibilidad de conocer los documentos y pruebas que existen contra él, para que pueda rendir sus descargos y pedir la práctica de aquellas encaminadas a desvirtuar los cargos. Se pueden distinguir claramente dos etapas: La de la investigación, en la cual el funcionario inculpado no tiene participación ninguna, y la del procedimiento disciplinario propiamente dicho, que comienza con el pliego de cargos y culmina con la decisión.

Por tanto, ninguna injerencia tiene el funcionario en la producción de las pruebas en su contra; lo que sí le es dado es desvirtuarlas y para ello se ponen en su conocimiento junto con los documentos allegados y los cargos que de la investigación se desprendan.

Todas esas etapas se cumplieron en el proceso que ahora se controvierte. Las demoras o el incumplimiento de los términos nunca se han considerado causal de nulidad del mismo, como lo pretende el libelo.

Restan por analizar las funciones del representante de los empleados en la Comisión de Personal, puesto que el Tribunal y el actor les dan un alcance novedoso que les sirve de fundamento a la anulación del proceso disciplinario, equivocadamente, a juicio de este Despacho.

En efecto, diferentes funcionarios que deben tener una categoría superior o por lo menos igual a la del funcionario acusado, conforman la Comisión de Personal. Pero ninguno de ellos, ni siquiera el representante de los empleados, tiene la misión específica de defenderlo. Su

defensa, de acuerdo a la secuencia lógica de los trámites, debe hacerla por sí mismo o por medio de apoderado, en el momento de rendir descargos y pedir pruebas. Cuando ya el expediente llega a la Comisión de Personal, es poco lo que puede hacerse para la defensa y en todo caso ésta no se ha encomendado a ninguno de los miembros de la Comisión de Personal, quienes están obligados a analizar todos los elementos de juicio que obren en el expediente y a aportar otros si lo creen conveniente, para emitir, con base en dicho estudio, su concepto.

Absurda aparece entonces la petición de investigar al representante de los empleados, por no haber defendido en este caso al funcionario acusado, pues ninguna obligación legal tenía de hacerlo.

En este orden de ideas, estima la Fiscalía que dentro del proceso contencioso administrativo no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados y que las razones que tuvo el Tribunal para producir su fallo no son jurídicamente acertadas.

Por lo expuesto, se permite conceptuar solictiando se revoque la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las súplicas impetradas» (fls. 338 a 334).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

El *a quo* señala, como fundamento principal del fallo, la contradicción de que, mientras la acción penal desemboca en la inculpabilidad del acusado doctor Luis Suárez Cifuentes, en cambio, la investigación disciplinaria finalice con la destitución del mismo y su inhabilitación para ocupar cargos públicos durante un año (fl. 304).

Recalca que son *"dos situaciones jurídicas* que se oponen y se contradicen, en relación al sujeto pasivo de la acción penal y de la investigación disciplinaria, y sobre los *mismos hechos"*; que son tan contradictorias, "que se repelen mutuamente, pues no pueden ser ambas verdaderas, ni ambas falsas, pues es imposible que una misma cosa y un mismo hecho sea y no sea al mismo tiempo" (fl. 304).

Al respecto, observa la Sala que la supuesta contradicción no tiene existencia ni lógica ni jurídica: Lo primero, por cuanto sí es posible que un fenómeno o un hecho sean y no sean al mismo tiempo, si se consideran bajo diferente respecto o desde distinto punto de vista: Filosófico, ético, jurídico, religioso y aún real; lo segundo, porque nuestro ordenamiento jurídico establece total independencia y diferenciación entre el procedimiento penal con sus resultados y el procedimiento administrativo y sus consecuencias, toda vez que cada uno tiene objetivos propios y peculiares que lo definen: Aquél establecer si en verdad se ha violado la *ley penal* para que se imponga la condigna sanción; y éste verificar si los empleados de la administración han incurrido en faltas disciplinarias que dan lugar a una sanción administrativa.

Esta diferencia de objetivos y de normatividad (ley penal para los delitos —ley administrativa— para las faltas disciplinarias) deter-

mina dos mecanismos sancionatorios autónomos, sin interdependencia, pudiéndose aplicar o dejar de aplicar el uno, sin perjuicio de que se haga lo mismo con el otro.

En efecto: Existen normas generales que así lo determinan.

El artículo 139 del Decreto 1950 de 1973, preceptúa:

"Los empleados que incurran en faltas conforme al presente título, serán objeto de las sanciones disciplinarias que se señalan en el siguiente artículo, *sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que su acción pueda originar*".

Y el artículo 147 *ibidem:*

"Si los hechos materia del procedimiento disciplinario fueren constitutivos de delitos perseguibles de oficio, se ordenará ponerlos en conocimiento de la autoridad competente, acompañándole copia de los documentos que correspondan.

La existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos, no dará lugar a suspensión de la acción disciplinaria".

De otro lado, aparte de existir autonomía de procedimiento e independencia de pronunciamientos, en forma tal que los unos no estén condicionados por los otros o supeditados a ellos dado que se desenvuelven en órbitas jurídicas diferentes, obsérvese que la tipicidad delictual es más restringida y, por ende, lo es también la responsabilidad que de ella se deriva.

Las normas que tratan de los delitos y de las penas prescriben el comportamiento mínimo que deben guardar los miembros de la sociedad, para que se mantenga la tranquilidad colectiva y se prevenga o reprima el daño individual o social.

En cambio, el régimen disciplinario sigue un derrotero diferente y, con abstracción absoluta del examen de conductas delincuenciales, señala las infracciones, procedimientos y sanciones que tienen cabida en el ámbito de las relaciones de la administración con los administrados.

Puede ocurrir que la falta disciplinaria coincida, con determinado comportamiento contemplado como delito, pero ello significaría simplemente la posible existencia paralela de una responsabilidad administrativa y otra delictual, por cuanto con una misma conducta se puedan haber infringido, a la vez, disposiciones administrativas y disposiciones penales, sin que ello implique que se esté violando el principio *non bis in idem* a que alude la sentencia (fl. 303).

De la pluralidad de daños se derivaría, entonces, la pluralidad de responsabilidades.

Así pues, si en la Jurisdicción Penal Aduanera se llegó a la conclusión de que la conducta asumida por el actor en el trámite de importación del órgano electrónico marca "Yamaha" a que se refieren las providencias de folios 93 a 111, no era penalmente sancionable por esa jurisdicción por no estar tipificada como delito, siendo, en conse-

cuencia, procedente el sobreseimiento definitivo, esa conclusión y ese sobreseimiento no tienen ninguna incidencia en la investigación administrativa y, menos aún, pueden ser base para la exculpación del actor en el ámbito administrativo, como en forma equivocada lo supone el Tribunal al formular el siguiente interrogante:

> "Cabe preguntar al doctor Daniel, si conocería y leería el fallo, o providencia del Juez Primero del Distrito Penal Aduanero? Y acaso no fue *confirmado* por el superior?" (fl. 309).

Antes, no ya como interrogante sino como afirmación categórica, había expresado el *a quo:*

> "Si se examina con detención *el hecho,* por el cual se le abrió investigación disciplinaria al doctor Luis Suárez Cifuentes, que también fuera objeto de investigación penal, se trata de *uno* y *mismo hecho,* revestido de varias circunstancias o modalidades, pero que revierten en el mismo suceso".

Allí mismo puntualiza:

> "Se trata de una mercancía, un *órgano 'Yamaha',* procedente de Venezuela con destino a Bogotá, el cual se iba a nacionalizar. Este es el hecho único y principal, revestido de las circunstancias de que fue escoltado desde el puente internacional, y que para facilitar el transporte y destino del mismo, el señor Administrador de Aduanas, en Cúcuta, puso el *visto bueno* a una tarjeta dirigida a las autoridades de aduana, donde se recomendaba al señor Emiro José Arrazola Ospina, quien transportaba el equipo de sonido" (fls. 307-308).

Craso error del *a quo* el estimar que las investigaciones administrativas que se iniciaron contra el demandante y que concluyeron con su destitución, giraron en torno del "hecho único y principal" relacionado con su conducta respecto del órgano en mención. Con ligereza injustificable identificada como un *solo hecho y una misma conducta* la actividad desplegada "para facilitar el transporte y destino del mismo" (órgano "Yamaha") con la recomendación y "visto bueno" que extendiera al mencionado señor Arrazola Ospina para que transportara el equipo de sonido marca *Kenwood,* al cual se refieren los folios 77 y 78.

Acreditado está en el expediente y es admitido en el hecho 22 de la demanda, que el accionante incurrió, como Administrador de Aduanas de Cúcuta, en tres comportamientos diferentes, realizados en fechas varias, que le fueron imputados como faltas disciplinarias y dieron origen a tres investigaciones administrativas, a saber:

1. La distinguida con el número 367 en relación con el auto 2029 del 14 de junio de 1983, por el cual autorizó el tránsito de una mercancía por el puente internacional Simón Bolívar de Cúcuta a la ciudad de San Antonio de Táchira (Venezuela), consistente en "línea de productos para equinos" (fls. 215-224), investigación que culmina con la Resolución número 3405 del 24 de noviembre del mismo año, que le impone como sanción 10 días de suspensión (fls. 82-83).

2. La número 449, relacionada con la retención verificada por la Policía Nacional el día 16 de marzo de 1983, del órgano electrónico Yamaha al cual antes se hizo referencia y que fue objeto de investigación penal aduanera que finalizó con el sobreseimiento definitivo de los sindicados.

3. La número 451, originada en el *visto bueno* y recomendación de 1º de septiembre de 1983 para el doctor Emiro José Arrazola Ospina para que transportara de Cúcuta a Bogotá el equipo de sonido marca Kenwood, al cual antes se hizo referencia.

Por lo tanto, asiste plena razón a la colaboradora Fiscal, cuando afirma:

> "...El Tribunal incurre en un error al dar por establecido que las investigaciones disciplinarias números 449 y 451 se adelantaron por los mismos hechos. En realidad lo fueron por hechos diferentes. Precisamente el doctor Suárez Cifuentes solicitó su acumulación y la de otra investigación que se le había abierto anteriormente, y se queja de que sólo estas dos últimas fueron acumuladas; pero en ningún momento afirma que las dos correspondieran a los mismos hechos" (fl. 342).

Pero no terminan aquí los desaciertos del Tribunal. En efecto tras afirmar "que en este proceso hubo *contradicción* en dos situaciones planteadas..."

Arremete impetuoso:

> "...Ahora *vamos a demostrar* que también *se quebrantó el derecho de defensa* por parte de la *Comisión misma de Personal*" (fl. 310).

Se refiere a la participación del doctor Alirio Pantoja Ibáñez, representante de los empleados en la Comisión de Personal: "...si fue designado *representante*, insistimos, *para qué era?* ...Acaso el representante no viene a convertirse en vocero del representado? Y qué fue lo que hizo el representante Alirio Pantoja Ibáñez, a nombre de su representado Luis Suárez Cifuentes? *Pedir que lo destituyeran.* Esto no es acaso una flagrante vulneración al derecho de defensa?" (fl. 310).

No es al Tribunal al que incumbe demostrar afirmaciones sino a las partes (art. 177, C. de P. C.). Lo que compete al juzgador es administrar justicia conforme a las pruebas allegadas por ellas al proceso.

Yerra igualmente el *a quo* al confundir la investidura de representante de los empleados en la Comisión de Personal con la toga del defensor.

En efecto: Según el Decreto 2190 de 1968, reglamentado por el Decreto 2045 de 1969, "en cada organismo funcionará una comisión de personal integrada por ...y un representante de los empleados del organismo" (art. 57). A ella le corresponde conocer "...sobre las sanciones disciplinarias cuando el empleado haya incurrido en hechos que conlleven multas, suspensión o destitución", para rendir luego su "concepto al jefe del organismo respectivo sobre los casos sometidos

a su consideración, y éste decidirá definitivamente" (art. 58). *No* permite la ley deducir que dicho representante tenga la calidad de defensor de oficio del sujeto pasivo de la investigación disciplinaria. Luego, mal puede quebrantarse un deber que la ley no ha impuesto. Claro es que, si el doctor Alirio Pantoja Ibáñez solicitó la destitución del accionante del cargo de Administrador de Aduanas de Cúcuta, lo hizo en ejercicio de su calidad de miembro de la Comisión de Personal y no como defensor o mandatario del doctor Suárez Cifuentes, por lo que resulta a todas luces infundada e injusta la imputación de que aquél incurrió en faltas a la ética profesional que deben ser investigadas por la justicia ordinaria, como en forma desatinada lo proclama el Tribunal.

Se lee, finalmente, en la sentencia:

> "En cuanto a los vicios procedimentales, a folios 244 a 247, el libelista los presenta en forma clara, asistiéndole razón jurídica. Por economía procesal, al estar acorde con el censor, también en este punto, no es necesario entrar a más detalles" (fls. 310-311).

Estima la Sala que el *a quo* debió formular un pronunciamiento *razonado* sobre esos pretendidos vicios procedimentales, y no limitarse a afirmar que "el libelista los presenta en forma clara, asistiéndole razón jurídica" (fls. 310-311). En realidad, tales vicios no se configuran.

En efecto consta en autos que el actor fue oído dentro de las diligencias que se adelantaron en su contra y tuvo oportunidad de rendir descargos, aportar y pedir pruebas, formular otras solicitudes e interponer recursos. No alegó entonces ninguna causal de nulidad que condujera a la invalidación, total o parcial de la actuación administrativa.

Cierto es que el Decreto legislativo 0400 de 1983 establece que los términos allí previstos son improrrogables; pero su pretermisión no está erigida en causal de nulidad de la actuación, sino como constitutiva de falta grave del funcionario, según allí mismo se puntualiza (artículo 21).

Respecto de la alegada desviación de poder, consiste, según la demanda, en que "el acto administrativo, no obstante haberse emitido por funcionario competente, sin violación aparente de la jerarquía de las leyes, es anulable cuando el fin perseguido por el funcionario que lo profiere es distinto de aquél para el cual se atribuyó competencia".

Se dice en la demanda que "la administración, al proferir los actos acusados, no buscaba precisamente fines plausibles como el mejor servicio, la moralización del mismo, porque, de acuerdo con la prueba, mi poderdante era un funcionario que llevaba en el cargo de Administrador de Aduanas más de 15 años, sin una sola sanción en su hoja de vida..." y que "lo que la administración perseguía era producir una vacante más, para llenarla por el sistema del clientelismo político" (fls. 249-250).

A falta de soporte probatorio, debe entender la Sala que la pretendida desviación de poder, fincada en el supuesto "clientelismo político", es una simple afirmación gratuita que no amerita consideración.

Alegó también el demandante falsa motivación, formulando algunos interrogantes que, según dice, "están demostrando que los actos administrativos que se acusan fueron falsamente motivados, puesto que en ningún momento reflejan la realidad procesal, falseada para dictar los actos materia de esta acción" (fls. 250-251).

La verdad procesal es que el actor cometió graves faltas y que por ellas se adelantaron regularmente las correspondientes investigaciones disciplinarias que culminaron con diez días de suspensión por la primera falta y destitución por las otras dos.

Debe revocarse, en tal virtud, la sentencia apelada.

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

Falla:

1. *Revócase* en todas sus partes la sentencia apelada.

2. *Deniéganse* 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 27 de noviembre de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PENSION DE JUBILACION DE REINCORPORADO AL SERVICIO OFICIAL CON BASE EN CUALQUIER TIEMPO DE SERVICIO.

Reglamentado este aspecto por el artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 se halla viciado de nulidad porque en el Decreto reglamentario el 3135 de 1968. NO SE HALLA NI EXPRESA NI TACITAMENTE REGLA ALGUNA, sobre la cual puede reglamentarse.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 1346. Decretos del Gobierno. Actor: Javier Valderrama y otra.

Los señores Javier Valderrama y Josefina Caime Ayubi Pimienta, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción regulada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, presentaron demanda ante el Consejo de Estado, en la cual pidieron la nulidad del artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, "por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968".

En su demanda, los actores señalan los hechos, las disposiciones que consideran infringidas y el concepto de la violación. Se transcribirá *textualmente* lo expresado por los demandantes.

Como hechos se relatan los siguientes:

"1. El Gobierno Nacional dictó el Decreto 3135 de 1968 por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. En ninguno de sus artículos se trata sobre el caso de pensionados que se reincorporen a cargo como el de Presidente de la República, Ministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales, Miembro de Misiones Diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los Despachos de los funcionarios de que trata esta mención.

"Tampoco de los demás empleo (sic) que el Gobierno Nacional señale conforme a la facultad que al efecto le confiere el artículo 29

del Decreto 2400 de 1968. Nada se dice sobre el reajuste que en estos casos debería hacerse.

"2. El artículo 4º de la Ley 171 de 1961 de diciembre 28 por la cual se reforma la Ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones establece:

" 'Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos le será revisado su pensión de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios.

" 'La misma regla se aplicará al jubilado por una empresa particular, que haya sido o sea reincorporado por ésta a su servicio o al de sus filiales o subsidiarias por el mínimo del tiempo indicado.

" 'Parágrafo. Cuando la reincorporación del pensionado por tres (3) años o más y su nuevo retiro haya ocurrido con anterioridad a la vigencia de la presente ley la pensión revisada sólo se causará a partir de dicha vigencia'.

"3. El artículo 79 del Decreto 1848 de 1969 se refiere al reajuste de pensiones por la reincorporación a cargos como los del Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General del Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Miembro de Misiones Diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y Secretarios Privados de estos funcionarios. También por la reincorporación de los empleos que el Gobierno señale de conformidad al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968" (fls. 11 y 12 del expediente).

Como disposiciones violadas se indican en la demanda el "ordinal 30 del artículo 120 de la Constitución Nacional", "el artículo 4º de la Ley 71 de 1961" y el 76, ordinal 9º de la Carta.

En el capítulo correspondiente al concepto de la violación se reproduce, en lo pertinente, un fallo de la Sala que será transcrito en la parte motiva de esta sentencia.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, luego de transcribir los artículos 27 a 33, inclusive, del Decreto extraordinario 3135 de 1968, lo mismo que la disposición acusada, conceptúa:

"El solo cotejo de las normas transcritas permite apreciar de manera indubitable, cómo el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto-ley 3135 de 1968, cuya nulidad se demanda, rebasó las normas reglamentadas, pues dicho texto hace referencia al reajuste de la pensión de jubilación por reincorporación al servicio y a su reliquidación, materias no contempladas en el Decreto-ley.

"Piensa esta Agencia del Ministerio Público, que la circunstancia de haberse incluido en el artículo 78 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 el precepto contenido en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de

1968, subrogado por el Decreto-ley 3074 del mismo año, que estatuye la prohibición al jubilado a reintegrarse al servicio oficial, como regla general, y las excepciones del caso, no autoriza la reglamentación impugnada, pues como lo predica la calificación del Decreto 1848 de 1969 este reglamenta el Decreto-ley 3135 de 1968 y no aquellos.

"Resulta entonces evidente que el artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 es violatorio del Decreto-ley 3135 de 1968, del artículo cuarto (4º) de la Ley 171 de 1961, del artículo 76-9, de la Constitución Nacional y del artículo 120-3º, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

"Por las razones procedentes la Fiscalía estima que los pedimentos formulados en el libelo demandatorio tienen vocación de prosperidad" (fls. 28 y 29 del expediente).

Decide la Sala, previas las siguientes

Consideraciones:

Dispone el artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969:

"Reajuste de la pensión de jubilación por reincorporación al servicio oficial. 1. El pensionado que sea reincorporado a cualquiera de los empleos mencionados en el parágrafo del artículo 78 de este Decreto, tiene derecho a que se le reajuste la pensión de jubilación, en la cuantía señalada en el artículo 73, a partir de la fecha en que se separe del nuevo empleo desempeñado, mediante reliquidación que se hará con base en el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si este fuere inferior a un (1) año".

La cuestión relativa a la legalidad de la norma antes transcrita ha sido examinada por la Sección Segunda en dos sentencias: La primera de fecha 21 de septiembre de 1971, la cual se pronunció por la legalidad de dicha disposición, y la segunda, del 21 de marzo de 1984, que le aplicó la excepción de inconstitucionalidad, con fundamento en preceptos distintos de aquellos que tuvo en cuenta el primer fallo para decidir, equivocadamente, que la citada norma no sobrepasa la facultad reglamentaria.

La primera de tales sentencias se dictó con fundamento en una demanda en que el actor pidió la nulidad de varias disposiciones del Decreto reglamentario 1848 de 1969, entre las cuales incluyó el artículo 79, "en cuanto dispone que el reajuste pensional allí previsto se hará con base en el promedio de sueldos" "y primas de toda especie *percibidos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si este fuere inferior a un (1) año*" (subraya la Sala).

El demandante de entonces señaló como violados los artículos 120 de la Contitución Nacional, en su ordinal 3º, y 4º de la Ley 171 de 1961.

En cuanto a esa parte del artículo 79 del citado decreto, la Sección Segunda decidió no acceder a las súplicas de la demanda, con el si-

guiente argumento, en lo que respecta a la frase "percibidos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si este fuere inferior a un (1) año", previa transcripción parcial del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968:

"Como puede verse, la ley prohíbe el reintegro al servicio de los empleados administrativos jubilados, con las excepciones anotadas. Quiere ello significar que la Ley 171 de 1961 que admitió la posibilidad de reintegrar al servicio y en consecuencia la revisión de la pensión cuando el empleado permanezca por más de tres años en la nueva vinculación, se encuentra claramente modificada, en este aspecto, por sustracción de materia.

"Sin embargo, como el Decreto 2400 de 1968 trae excepciones parece que estas ya no se rigen por la citada Ley 171. Se aplica entonces, para liquidar nuevamente la pensión el artículo 27 del Decreto 3135 del mismo año de 1968 y en consecuencia al estatuir el artículo 79, enjuiciado, que esta reliquidación se hará con base en el promedio de los sueldos y primas devengados en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el empleo, si fuere inferior a un año, no está sobrepasando la potestad reglamentaria" (*Anales del Consejo de Estado*. Segundo Semestre de 1971, números 431-432, pág. 112).

En el fallo del 21 de marzo de 1984 se expresó así la Sala, al comentar la sentencia parcialmente transcrita:

"A simple vista se puede comprobar que el artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 no reglamenta el 27 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 ni se fundamenta en él, pues esta norma no trata, como tampoco ninguna otra de este último estatuto, lo relativo a 'reajuste' o revisión de la pensión de jubilación por reingreso al servicio. El artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 regula exclusivamente lo concerniente a la adquisición del derecho a la pensión de jubilación, y al monto de ésta, por cumplirse cierta edad y 20 años de servicio. No prescribe dicho precepto, como lo hace la norma reglamentaria, que se tome en cuenta 'el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos... *durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si este fuere inferior a un (1) año*' (subraya la Sala), pues contempla solo el caso de quien prestó servicios por espacio de veinte (20) años.

"La regla contenida en el artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 sobre revisión o 'reajuste' con base en cualquier tiempo de servicio, que teóricamente puede ser de un día, no está contenida en ninguna disposición legal. Ni expresa ni tácitamente se encuentra esa regla en ninguna disposición del Decreto reglamentado. No está contenida en él ni siquiera como principio general o como regla tácita. Con ella nada de la legislación vigente desarrolla o hace explícito la citada disposición reglamentaria, ni siquiera el artículo 4º de la Ley 171 de 1961, puesto que lo contradice, más exactamente, pretende modificarlo o subrogarlo.

"Compárase el tantas veces citado artículo 79 con el artículo 11 del Decreto extraordinario 0542 de 1977, que crea un régimen especial en beneficio de los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Minis-

terio Público, pero sin incurrir en los excesos de la disposición primeramente citada. Dice así:

" 'El reintegro a un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, sólo da derecho al reajuste de la misma cuando se haya trabajado por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo'.

"También con el artículo 3º del Decreto legislativo 309 de 1958, que establece:

" 'Los servidores del ramo docente pensionados con arreglo a las leyes, que hayan vuelto o vuelvan al servicio de la educación, tendrán derecho al reajuste de la pensión por una sola vez, después de cuatro (4) años de servicios ininterrumpidos'.

"De suerte que ninguna disposición reglamentaria que señale el tiempo de permanencia en el servicio, con posterioridad al reintegro, para que proceda la revisión o 'reajuste' de la pensión de jubilación, puede tener fundamento en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que exige trabajo durante veinte años para adquirir, si se cumple el requisito de la edad, el derecho a dicha prestación.

"Por parte alguna aparece entonces el fundamento legal del artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 y, como se verá más adelante, no tiene piso constitucional, que abiertamente viola ese orden jurídico fundamental.

"II. La conclusión de que para liquidar la pensión de jubilación nuevamente, por vía de revisión o 'reajuste', no se aplica la Ley 171 de 1961 sino el artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, se saca en la sentencia de un parecer, se deduce de algo de que no está seguro el juzgador: 'Parece' que las excepciones del Decreto 2400 de 1968 ya no se rigen por la Ley 171 de 1961, dice el fallo, Por qué?

"Porque, según la sentencia, como la Ley 171 de 1961 permitía 'el reintegro al servicio de los empleados administrativos jubilados', lo que prohíbe el Decreto 2400 de 1968, *'con las excepciones anotadas'*, aquella, en lo atinente a 'revisión de la pensión cuando el empleado permanezca por más de tres años en la nueva vinculación, se encuentra claramente modificada, en ese aspecto, *por sustracción de materia'* (Subraya la Sala).

"No puede hablarse de sustracción de materia (que no podría producir el fenómeno a que se refiere la sentencia), si la norma que, según se dice en ella, la sustrajo permite el reintegro al servicio de *todos los pensionados oficiales*, que desde luego reúnan los requisitos legales, cuando la ley los exija, a los cargos que ese precepto señala por vía de excepción. Con más razón y con más énfasis hay que negar esa supuesta sustracción de materia si quedó al margen de dicha prohibición todo el vasto campo constituido por los empleados oficiales de los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distrito Especial de Bogotá y Municipios de Colombia, a los cuales no se aplica el artículo 29 del Decreto extraordinario 2400 de 1968 y obviamente el 78 del reglamentario 1848 de 1969. A esos innumerables empleos tienen acceso todos los antiguos servidores del Estado, jubilados, aún los nacionales,

como empleados públicos o trabajadores oficiales. Téngase en cuenta que la prohibición no es para clase o categoría alguna de jubilados sino con relación a los cargos de la Administración Pública Nacional, con las excepciones previstas en el mismo artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, y esa prohibición, lo mismo que sus excepciones, rigen, como ya se dijo, para todos los jubilados del sector público, pero sólo, se repite, en el ámbito de la Administración Pública Nacional.

"Difícil entender que haya habido sustracción de materia para la ley, con tan vasto dominio, y no para el Decreto reglamentario, al cual, en ese aspecto, le quedó únicamente el campo restringido que determinan las excepciones del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y que es parte mínima del de aquella, conformado, como ya se dijo, también por todos los cargos del orden departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal.

"Cabría preguntar, si no quedó materia, en cuanto a revisión de pensiones, para la Ley 171 de 1961, cómo podía quedar para el Decreto reglamentario, con un campo de aplicación mucho más reducido? O, en otros términos, de dónde sacó el decreto su materia sino de parte, y la más pequeña del campo de aplicación de la ley?

"No quedó, pues, modificado y mucho menos derogado el artículo 4º de la Ley 171 de 1961 por el simple hecho de que se redujo su campo de aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, que este fenómeno de naturaleza puramente cuantitativa no puede afectar la vigencia de una regla de derecho en el tiempo. Ella sigue rigiendo aunque con un campo de aplicación menos amplio o más reducido. Tampoco fue derogado, ni podía serlo, el artículo 4º de la Ley 171 de 1961 por una norma de carácter subalterno, como es el artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, ni es ese, desde luego, el criterio de la sentencia.

"III. No pretende la Sala quebrantar en su decisión ni con los fundamentos de ella la institución de la cosa juzgada, que no tiene el rigor de lo absoluto, pues si bien establece límites, tiene los suyos propios.

"No habrá entonces de fundamentar su decisión tomando en consideración aquellos conceptos por los cuales, según el fallo del 21 de septiembre de 1971, el artículo 79 del Decreto 1848 no violó el artículo 4º de la Ley 171 de 1961, y en consecuencia, el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional; pero cabe enjuiciarla por otros conceptos, pues siendo una providencia que no declaró la nulidad de la disposición acusada, el efecto de la cosa juzgada está limitado a la *'causa petendi'*. La disposición que no viola por un concepto una norma de rango superior puede infringirla por otro u otros conceptos. Bien dijo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 26 de abril de 1976, cuyo ponente fue el doctor Humberto Mora Osejo: 'De ahí que el efecto de la sentencia proferida mediante acción de nulidad, como la propuesta, aunque *erga omnes*, esté limitado por las disposiciones invocadas y los conceptos de violación, que sea jurídicamente posible promover una nueva acción contra un acto, declarado válido en juicio anterior, si los fundamentos jurídicos son diferentes'. Esta doctrina es válida en aquellos casos en que se ha

demandado de nuevo la nulidad del acto o precepto de carácter administrativo no anulado en juicio anterior, pero en que se controvierte su legalidad o su constitucionalidad.

"Pero ni siquiera se fundamentará la decisión de la Sala en la infracción misma al artículo 4º de la Ley 171 de 1961, sino a normas constitucionales distintas del artículo 120 —ordinal 3º— de la Carta. Y es incuestionable que una disposición que no viola un precepto de superior jerarquía pueda violar otro u otros.

"Ahora, la regla de que se tome como base 'el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos...durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si fuere inferior a un (1) año' no es de origen legal, no está incluido en ninguna disposición de ese orden en materia de pensión de jubilación, ni para efectos de su liquidación ni de su reliquidación, en este último caso con fundamento en servicios prestados por un jubilado del sector público.

"Entonces, el artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 estableció el sistema que llama de 'reajuste' por reincorporación al servicio en los casos a que se refiere el artículo 78 del mismo decreto, sin fundamento legal, es decir, en sustitución del legislador, ordinario o extraordinario, que es el único al cual la Constitución Nacional, ha conferido, en su artículo 76 (ordinal 9º especialmente), en coordinación con el 62, faculta para dictar normas en materia de prestaciones sociales, sobre todo en cuanto a pensión de jubilación, para quienes desempeñen empleos públicos. El régimen prestacional de estos es estrictamente legal.

"Sólo mediante una ley se podía establecer ese sistema de 'reajuste' pensional por reintegro al servicio en beneficio de los jubilados que desempeñen los empleos comprendidos por las excepciones a que se ha hecho referencia, y al contener una regla de exclusiva competencia del legislador, al regular una materia reservada a éste por la Constitución Nacional, el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969 viola dicho estatuto fundamental en sus artículos 62 y 76 (ordinal 9º y numeral 10).

"Infringe, pues, la citada disposición reglamentaria preceptos constitucionales no invocados por el demandante en el proceso que terminó con la sentencia del 21 de septiembre de 1971 y no tenidos en cuenta, por lo tanto, en dicho fallo.

"Cabe entonces respecto de citado artículo 79 la excepción de inconstitucionalidad, que encuentra fundamento directo en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, según el cual los actos reglamentarios tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución ni a las leyes, y analógicamente en el artículo 215 de la Carta, pues si esa excepción procede en caso de incompatibilidad entre aquella y la ley, con más razón es aplicable cuando la norma incompatible con una constitucional no es legal sino de inferior jerarquía.

"IV. Pero fuera del marco de toda discusión o examen sobre la inconstitucionalidad de la citada norma reglamentaria, siendo obvia su incompatibilidad con un precepto legal vigente, como es el artículo 4º de la Ley 171 de 1961, prevalece este, conforme lo dispone el artículo

240 del Código de Régimen Político y Municipal, sobre la norma de inferior jerarquía" (Actor: Joaquín Arboleda Valencia. Consejero ponente: Joaquín Vanín Tello).

Al decidir esta demanda de nulidad del artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, tampoco podrá la Sala, por las razones expresadas en el fallo del 21 de marzo de 1984, fundamentarse en conceptos de violación por los cuales la sentencia del 21 de septiembre de 1971, consideró erróneamente, se repite, que dicha norma no violaba los artículos 4º de la Ley 171 de 1961 y 120, numeral 3º de la Constitución Nacional.

En la demanda se señalaron como quebrantados por la disposición acusada no sólo el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, que consagra la potestad reglamentaria, y el 4º de la Ley 171 de 1961, que regula la revisión o reliquidación de la pensión de jubilación por reincorporación al servicio, sino también el artículo 76, ordinal 9º, de la misma Carta que otorga al legislador la facultad de dictar normas sobre prestaciones sociales, como es la pensión de jubilación.

Como lo anota el señor Fiscal, ninguna de las normas del Decreto reglamentado (el 3135 de 1968) que regulan la pensión de jubilación se refiere a la materia que es objeto del artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969. Más aún, como se dijo en el citado fallo de 1984, no existe ninguna disposición legal que establezca la reliquidación o el "reajuste" de la pensión de jubilación con base en cualquier tiempo de servicio, y "el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si fuere inferior a un (1) año".

De modo que el citado artículo 79 del Decreto 1848 de 1969 no reglamentó ninguna disposición del Decreto extraordinario 3135 de 1968, ni texto legal alguno. So pretexto de reglamentar disposiciones de dicho decreto, el Presidente de la República, mediante una norma de carácter subalterno, se arrogó facultades que sólo le corresponden al legislador, que lo puede ser él mismo en uso de facultades extraordinarias. Hubiera podido incluir esa disposición en el Decreto 3135 que él dictó; no lo hizo y, como sucedió con otras disposiciones del Decreto 1848 de 1969, anuladas por el Consejo de Estado, pretendió corregir la omisión, introduciendo en el Decreto reglamentario un precepto que, por su contenido y alcance, no podía tener sino jerarquía de norma legal.

Es indudable que la disposición acusada viola por lo menos el ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional. Por ello habrá de ser anulada.

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:

Anúlase el artículo 79 del Decreto reglamentario 1848 de 1969.

Cópiese, notifíquese y archívese.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de diciembre de 1987.

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

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CESANTIA. LIQUIDACION PARCIAL O PRESTAMO DE ESTA. DECRETASE LA NULIDAD, del párrafo final del inciso 3º numeral 2 del artículo 3º del Decreto reglamentario 2076 de 1967.

De la simple comparación del artículo 18 del Decreto legislativo número 2351 de 1965, surge claramente la extralimitación a la potestad reglamentaria, porque las normas acusadas niegan validez al pago parcial o al préstamo hecho por el patrono, si al trabajador no se le ha transferido efectivamente la propiedad del inmueble o no ha aplicado esos dineros a los fines previstos en la ley.

ANULASE el párrafo final del inciso 3º numeral 2º del artículo 3º del Decreto reglamentario 2076 de 1967 que textualmente dice: "...Y en todo caso el pago de la liquidación parcial del auxilio de cesantía o el préstamo sobre esta, no serán válidos para los empleados sino en cuanto al trabajador se le haya transferido efectivamente la propiedad del inmueble respectivo".

Anúlase igualmente el primer inciso del artículo 4º del mismo decreto que dispone: "El anticipo de cesantía o el préstamo sobre ésta sólo será válido para los empleados en cuanto el trabajador los haya aplicado a los fines previstos en la ley".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 2102. Decretos del Gobierno. Actor: Hernán Darío Velásquez Gómez.

El señor Hernán Darío Velásquez Gómez, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, en demanda presentada ante el Consejo de Estado, solicitó:

"Que se decrete la nulidad de la siguiente frase contenida en el inciso tercero del numeral 2º del artículo 3º del Decreto 2076 de 1967: 'Y en todo caso el pago de la liquidación parcial del auxilio de cesantía o el préstamo sobre ésta, no serán válidos para los empleadores sino en cuanto al trabajador se le haya transferido efectivamente la propiedad del inmueble respectivo'.

"Que se decreta también la nulidad del primer inciso del artículo 4º del Decreto 2076 de 1967, que dice: 'El anticipo de cesantía o el préstamo sobre ésta sólo serán válidos para los empleadores en cuanto el trabajador los haya aplicado a los fines previstos en la ley' " (fl. 2 del expediente).

Son hechos de la demanda:

"1. El artículo 254 del Código Laboral prohíbe pagos parciales de cesantías, salvo los casos expresamente autorizados.

"2. El artículo 18 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 256 del Código Laboral, reglamentó los casos en que se podían liquidar parcialmente las cesantías cuando el dinero así obtenido se destinaba a la adquisición, mejora o liberación de bienes inmuebles destinados a vivienda.

"3. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2076 de 1967 por medio del cual, según las atribuciones del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, se reglamentaba el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965.

"4. En dicho decreto están los dos apartes que acuso" (fls. 2 y 2 vto. del mismo expediente).

Según el actor, el Decreto 2076, en la parte acusada, viola los artículos 20 y 120, numeral 3º, de la Constitución Nacional.

El concepto de la violación está expresado en la demanda de la siguiente manera:

"El artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los patronos no pueden efectuar pagos parciales del auxilio de cesantía, salvo los casos expresamente autorizados.

"Entiéndese claramente que existe una prohibición general; pero que sufre excepciones cuando hay autorización expresa de una norma legal. En consecuencia, permitida la liquidación parcial, el patrono cumple con ella cuando llena los requisitos que establece la autorización especial. Cumplidos los requisitos, no puede el Gobierno expedir un decreto exigiendo otros requisitos o estableciendo consecuencias no previstas en la norma superior, esto es, en la ley.

"El artículo 18 del Decreto 2351 de 1965 es uno de los casos en que se autoriza la liquidación parcial de cesantías para la adquisición, mejora o liberación de bienes raíces destinados a la vivienda del trabajador.

"Establece tal artículo:

" 'Los trabajadores individualmente podrán exigir el pago parcial de su cesantía para la liquidación, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.

" '2. Los patronos pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines.

"'3. Los préstamos, anticipos y pagos a que se refieren los numerales anteriores, deben ser aprobados por el respectivo Inspector de Trabajo o, en su defecto, por el Alcalde Municipal, previa demostración de que van a ser dedicados a los fines indicados en dichos numerales.

"'4. Los patronos podrán realizar planes de vivienda, directamente o contratándolos con entidades oficiales, semioficiales, o privadas en beneficio de sus trabajadores, financiados en todo o en parte, con préstamos o anticipos sobre el auxilio de cesantía de los trabajadores beneficiados. En este caso, se requerirá el consentimiento de estos y la aprobación previa del Ministerio de Trabajo.

"'5. Los trabajadores podrán, igualmente, exigir el pago parcial de sus auxilios de cesantía para realizar planes de vivienda que deberán ser contratados con entidades oficiales, semioficiales o privadas, previa aprobación del Ministerio de Trabajo.

"'6. Aprobado el plan general de vivienda a que se refieren los numerales 4 y 5 de este artículo, no se requerirá nueva autorización para cada préstamo, pago o liquidación parciales'.

"Una lectura atenta del citado artículo 18 del Decreto 2351 de 1965 permite ver clara y palmariamente que allí *no se establece como sanción para el patrono la invalidez de la liquidación parcial del auxilio de cesantía cuando el trabajador no obtiene efectivamente la propiedad del inmueble o cuando no destina la suma recibida a la adquisición, mejora o liberación de inmuebles destinados a vivienda.*

"Es más, dicho artículo 18 no sólo obliga al patrono a hacer el pago parcial sino que le da derecho al trabajador de exigirlo, con las únicas condiciones de que el pago se efectúe por un valor no mayor al requerido (numeral 1); que haya aprobación del Inspector del Trabajo (3); que se demuestre que se va a destinar a los fines que la misma norma establece (numeral 3); que cuando se trate de planes de vivienda haya consentimiento del trabajador y del Ministerio de Trabajo (numerales 4 y 5).

"Se observa que las condiciones establecidas por la ley son taxativas, y que la no destinación que haga el trabajador o la no adquisición de la vivienda no tienen como sanción la invalidez del pago que realice el patrono.

"En consecuencia, el Decreto 2076 de 1967 en la parte acusada excedió la potestad reglamentaria que le incumbe al Gobierno porque creó una sanción por una circunstancia no establecida en la ley, ni siquiera insinuada. Además violó el artículo 20 de la Constitución Nacional porque los particulares sólo son responsables por infracciones a la Constitución o a la ley; y el artículo 18 no estableció la responsabilidad para el patrono (que entre otras cosas es imposible establecerla como se verá más adelante), cuando el trabajador no adquiere el inmueble o no destina el pago a la finalidad establecida en la norma; por ello el Decreto 2076 de 1967 al consagrar una responsabilidad para el patrono, no contemplada en la ley, choca contra lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Política.

"Es que en el inciso 3º del numeral 2º del artículo 3º del Decreto 2076 de 1967, y el primer inciso del artículo 4º del mismo Decreto, al

establecer la invalidez del pago de los casos allí previstos, creó dos condiciones no contempladas en la ley: 1. Sancionar con invalidez el pago; 2. Originar la sanción en que el trabajador no adquiera la propiedad del inmueble, o no destine el dinero a mejorar, adquirir o liberar la vivienda.

"En efecto, la primera parte acusada ('Y en todo caso el pago de la liquidación parcial del auxilio de cesantía o el préstamo sobre ésta, no serán válidos para los empleadores sino en cuanto al trabajador se le haya transferido la propiedad del inmueble respectivo'); y la segunda parte ('El anticipo de cesantía o el préstamo sobre ésta sólo serán válidos para los empleadores en cuanto el trabajador los haya aplicado a los fines previstos en la ley'); son disposiciones nuevas, no contempladas en la ley ni autorizadas por ella. Se violó así el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional en cuanto el Gobierno no reglamentó sino que creó, y el artículo 20 en cuanto se estableció una responsabilidad no determinada en la ley.

"Por último, la norma es absurda, ya que obliga al patrono a vigilar al trabajador, a contratar detectives para hacer las averiguaciones respectivas, luego de que, precisamente la ley, lo obliga, sin apelación ni alegaciones, a liquidar el auxilio de cesantía. Y la norma es un rezago de las arcaicas disposiciones que regulaban la materia, desde luego que está suponiendo que los trabajadores son minusválidos o que están sometidos a una especie de patria potestad frente al empleador o patrono. Y de contera la norma es irracional, ya que si alguna sanción debe existir es para el trabajador que viola la obligación de destinar las sumas de dinero a su vivienda, no para el patrono que simplemente está cumpliendo una obligación" (fls. 2 vto. a 4 vto. *ibídem*).

En el auto de fecha 24 de septiembre de 1986, mediante el cual se admitió la demanda, se decretó la suspensión provisional de los efectos de la frase acusada contenida en el inciso tercero del numeral 2 del artículo tercero del Decreto 2076 de 1967, lo mismo que del primer inciso del artículo 4º del citado Decreto, porque se consideró que violaban ostensiblemente la norma reglamentada.

En su concepto de fondo dice sobre el particular la señora Fiscal Quinto de la Corporación:

"Ciertamente, de la simple comparación de las normas acusadas con el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965 que pretenden reglamentar, surge claramente la extralimitación de la potestad reglamentaria, como se dijo en el auto que declaró la suspensión provisional.

"En efecto, mientras el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965 señala en qué casos los trabajadores *podrán exigir* el pago parcial de su cesantía u obtener préstamos del patrono para los mismos fines y los requisitos que se deben llenar para ello, las normas acusadas niegan validez al pago parcial o al préstamo hecho por el patrono, si al trabajador no se le ha transferido efectivamente la propiedad del inmueble o no ha aplicado esos dineros a los fines previstos en la ley.

"Se crea así una verdadera sanción para el patrono, por hechos posteriores al pago y ajenos a su voluntad; hechos cuyo cumplimiento corresponde a otras personas.

"Estima la Fiscalía que tal como lo plantea el demandante, si el trabajador solicita el pago parcial de su cesantía o un préstamo sobre ésta, para los fines taxativamente indicados en la ley, y se cumplen los requisitos señalados, el patrono no tiene posibilidad de negar dicha solicitud; está obligado a ella, y mal puede sancionársele con la pérdida de ese dinero, si el trabajador no los aplicó a los fines que expuso en su petición o si quien está obligado a transferirle un inmueble no lo hace. Estas son circunstancias posteriores al pago, que no dependen de la voluntad del patrono.

"Como el artículo que se pretendió reglamentar, no condicionó la validez de los pagos a ninguna de estas eventualidades, ni menos aún pretendió sancionar a los patronos por hacer pagos parciales de cesantía o préstamos a sus trabajadores, cuando estos lo pidan para los fines permitidos, es claro que las normas acusadas desbordaron las que pretendían reglamentar, y el exceso en la potestad reglamentaria debe conllevar la nulidad.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite rendir concepto favorable a la prosperidad de las súplicas impetradas en el libelo" (fls. 18 y 19 *ibídem*).

Decide la Sala, previas las siguientes

Consideraciones:

Establece el artículo 18 del Decreto legislativo 2351 de 1965:

"Los trabajadores individualmente podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.

"2. Los patronos pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines.

"3. Los préstamos, anticipos y pagos a que se refieren los numerales anteriores, deben ser aprobados por el respectivo inspector del trabajo, o en su defecto, por el alcalde municipal, previa demostración que van a ser dedicados a los fines indicados en dichos numerales

"4. Los patronos podrán realizar planes de vivienda, directamente o contratándolos con entidades oficiales, semioficiales, o privadas, en beneficio de sus trabajadores, financiados en todo o en parte, con préstamos o anticipos sobre el auxilio de cesantía de los trabajadores beneficiados. En este caso, se requerirá el consentimiento de estos y la aprobación previa del Ministerio del Trabajo.

"5. Los trabajadores podrán, igualmente, exigir el pago parcial de sus auxilios de cesantía para realizar planes de vivienda que deberán ser contratados con entidades oficiales, semioficiales o privadas, previa aprobación del Ministerio de Trabajo.

"6. Aprobado el plan general de vivienda a que se refieren los numerales 4º y 5º de este artículo, no se requerirá nueva autorización para cada préstamo, pago o liquidación parciales".

Por su parte, el artículo tercero del Decreto reglamentario 2076 de 1967 dispone al final del inciso tercero de su numeral 2:

"Y en todo caso el pago de la liquidación parcial del auxilio de cesantía o el préstamo sobre ésta, no serán válidos para los empleadores sino en cuanto al trabajador se le haya transferido efectivamente la propiedad del inmueble respectivo".

Además, dicho decreto, en el primer inciso de su artículo 4º dice:

"El anticipo de cesantía o el préstamo sobre esta sólo serán válidos para los empleadores en cuanto el trabajador los haya aplicado a los fines previstos en la ley".

Como lo anota el demandante, se dijo en el auto que suspendió las disposiciones acusadas y observa la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, es evidente que ambas rebasan la potestad reglamentaria de que ha investido al Presidente de la República la Constitución Nacional, en el ordinal 3º de su artículo 120, que no lo faculta para modificar o adicionar las leyes, sino simplemente para reglamentarlas. Y el Decreto 2076 de 1967 modifica la disposición que dice reglamentar (el artículo 18 del Decreto legislativo 2351 de 1965), al establecer una condición que a su vez implica una sanción para el empleador, que en el caso del inciso primero de su artículo 4º resulta, además, irrazonable e injusta. Según esta norma, si el trabajador da una destinación distinta a los dineros provenientes del pago parcial del auxilio de cesantía o del préstamo sobre ella concedido, el empleador pierde las sumas pagadas en beneficio del único infractor de la ley, que vendría a aprovecharse de su propio dolo, en perjuicio de quien no tuvo en él participación alguna, ni se le puede decir que omitió ejercer un control que ninguna norma legal le ha otorgado.

Pero lo esencial es que el precepto reglamentado y ningún otro de carácter legal ha establecido los requisitos que exigen ni las sanciones que imponen las disposiciones acusadas.

En auto de fecha 27 de febrero de 1984, se dijo:

"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" (Auto dictado en Sala Unitaria por el ponente de esta sentencia, en negocio en que figuró como actor el señor Alberto León Gómez Zuluaga. *Anales del Consejo de Estado*, Primer Semestre de 1984, números 481-482, pág. 167).

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

Falla:

1º *Anúlase* el párrafo final del inciso tercero, numeral 2º del artículo tercero del Decreto reglamentario 2076 de 1967, que textualmente dice: "...Y en todo caso el pago de la liquidación parcial del auxilio de cesantía o el préstamo sobre ésta, no serán válidos para los empleadores sino en cuanto al trabajador se le haya transferido efectivamente la propiedad del inmueble respectivo".

2º *Anúlase* igualmente el primer inciso del artículo 4º del mismo decreto, que dispone: "El anticipo de cesantía o el préstamo sobre ésta sólo serán válidos para los empleadores en cuanto el trabajador los haya aplicado a los fines previstos en la ley".

Cópiese, notifíquese y archívese.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de diciembre de 1987.

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

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CAPITULO II

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE DECRETOS Y OTROS ACTOS DEL GOBIERNO

DELEGACION DE FUNCIONES. Artículo 135 de la Constitución Nacional (Suspensión provisional).

"Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley". Por ello una norma de estirpe inferior a la legal, como sería por ejemplo un Decreto reglamentario o ejecutivo, no podría sin incurrir en ostensible vacío de nulidad, disponer una delegación de funciones presidenciales. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. NO DELEGACION DE LA "FUNCION DE PRESIDIR LA JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO DE RECONSTRUCCION —RESURGIR—".

Confírmase la providencia de marzo 27 de 1987, por la cual se SUSPENDIO PROVISIONALMENTE el artículo 1º del Decreto 2816 de septiembre 9 de 1986, dictado por el señor Presidente de la República.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., veintiuno de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 475. Decretos del Gobierno. Actor: Jorge Alberto Guerrero Lozano.

Decide la Sala el recurso de súplica interpuesto contra el auto de Sala Unitaria fechado el 27 de marzo del año en curso, por el cual se decretó "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' ".

Antecedentes:

En libelo presentado el 18 de octubre de 1986, solicitó el ciudadano colombiano Jorge Alberto Guerrero:

"1º Declarar nulo el Decreto número 2816 expedido por el Presidente de la República.

"2º *Suspender provisionalmente* el artículo 1º del Decreto 2816 de 1986, 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' ".

Como norma de rango superior violada adujo, para efectos de la medida impetrada, el artículo 3º literal a) del Decreto legislativo número 3406 de 1985, que reza: "La Junta Directiva estará integrada por: a) El Presidente de la República, quien la presidirá". Expresa el peticionario que la norma transcrita "es una ley y el Decreto 2816 es un decreto de menor jerarquía que aquél. Si el Decreto legislativo 3406 de 1985 no autorizó la delegación de las funciones de integrar y presidir la Junta Directiva del Fondo, no podía el Presidente autoconferirse competencia para delegar las funciones asignadas".

Se pronunció el señor Consejero sustanciador en su auto de 27 de marzo del año que corre, en el cual, a la par que admitió la demanda, dispuso la suspensión provisional del artículo en estudio, decisión que motivó así:

"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, así 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".

Contra la anterior decisión interpuso el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por medio de apoderado, el recurso de súplica, aduciendo que no ha sido "violado el literal a) del artículo 3º del Decreto 3406 de 1985, pues como la función de presidir una junta o consejo directivo es de origen legal y no constitucional y el Decreto 3406 de 1985 no prohibió la delegación, debe concluirse que la función de presidir la junta directiva del Fondo de Reconstrucción Resurgir, es delegable". Añade que, por otra parte, "las normas que ya fueron citadas, en especial el artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, autorizan la delegación de la presidencia de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos".

Procede la Sala de decisión a decidir la súplica incoada, para lo cual anticipa las siguientes

Consideraciones:

Efectivamente, como lo anota el recurente: "La función de presidir una junta o consejo directivo es de origen legal". Y lo es, precisamente, por imperativo mandato contenido en la parte final del inciso primero del artículo 135 de la Carta: "Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley". Por ello, una norma de estirpe inferior

a la legal, como sería por ejemplo un decreto reglamentario o ejecutivo, no podría, sin incurrir en ostensible vicio de nulidad, disponer una delegación de funciones presidenciales.

El argumento del suplicante, relativo a la no prohibición por parte del Decreto 3406 de 1985, de delegar la función allí encomendada al Presidente de la República, no es valedero, pues lo que se requiere, para la delegación, es precisamente la norma legal que expresamente autorice tal acto.

Consecuencialmente, como ni el referido Decreto 3406, ni ninguna otra disposición con rango de ley, permiten al Presidente de la República delegar en sus inferiores jerárquicos la función que se le ha encomendado de presidir la Junta Directiva del Fondo de Reconstrucción —Resurgir—, como acertadamente lo analiza el honorable Consejero sustanciador, el Presidente no estaba facultado para hacer la delegación convenida en el artículo 1º del Decreto acusado.

Tampoco es cierto que el artículo 25 del Decreto 1050 de 1968 autorice al Presidente de la República para delegar la función de que se trata. Esta norma prevé que la junta o consejo directivo puede ser presidida por un delegado del ministro o jefe de departamento administrativo, cosa por cierto muy distinta a la situación que plantea el caso *sub júdice*.

No se requieren más consideraciones para concluir que mediante la decisión contenida en el artículo 1º del Decreto 2816 de 1986 se incurrió en manifiesta violación, captable *prima facie*, del artículo 3º literal a) del Decreto legislativo número 3406 de 1985, por lo cual se imponía la suspensión provisional del acto acusado. Así las cosas ha de confirmarse la providencia suplicada.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confírmase en todas sus partes la providencia de 27 de marzo de 1987, por la cual se suspendió provisionalmente el artículo 1º del Decreto 2816 de septiembre 9 de 1986, dictado por el señor Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala de Decisión en reunión celebrada el día 17 de julio de 1987.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACUERDO DE CARTAGENA. PRODUCTOS DESGRAVADOS (Suspensión provisional).

Decrétase la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 1312 de 1983, en cuanto se refiere a los gravámenes establecidos para productos originarios y provenientes de países miembros del Acuerdo de Cartagena.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintitrés de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1722. Actor: Omar Augusto Ferreira Rey. Acción de nulidad y suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1312 de 1983; artículo 1º del Decreto 1788 de 1983 y artículo 1º del Decreto 2053 de 1984, proferidos por el Gobierno Nacional. Auto interlocutorio.

En escrito presentado personalmente ante la Secretaría de esta Sección, el doctor Omar Augusto Ferreira, intenta la acción de nulidad con suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1312 de 1983, del 1º del Decreto 1788 de 1983 y 1º del Decreto 2053 de 1984.

La demanda reúne, formalmente, las exigencias del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, por lo cual habrá de admitírsela.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional, basta la confrontación entre las normas superiores que se dicen violadas y los actos acusados, para inferir que están en contradicción aparente, por lo cual habrá de decretarse la medida solicitada.

En efecto, el artículo 1º del Decreto 1312 de 1983 establece y eleva gravámenes para productos originarios de la Subregión Andina, al paso que el artículo 54, inciso 1º del Tratado Constitutivo del Acuerdo de Cartagena, aprobado por la Ley 8ª de 1973 ordena que los países miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes para los productos originarios de la subregión.

El artículo 45, inciso 1º del Tratado mencionado dispone que el proceso de liberación de gravámenes será irrevocable, y el actor sostiene que los gravámenes establecidos para las posiciones 28.19.01.00 y 29.15.21.43, fueron aumentados a 30% de gravamen, aunque la demostración del porcentaje de gravamen anterior no se estableció.

Como la suspensión provisional, no entrañándose de examinar pruebas, sólo procede por violación manifiesta, la que denuncia el actor no reviste ese carácter, pues se requeriría para ello el estudio de medios de convicción habría de denegarse la aquí solicitada, pero él resulta igualmente infringido por el concepto anterior.

En cambio aparece contradicción ostensible entre el texto del mencionado artículo 1º del Decreto 1312 de 1983 y el inciso final del artículo 4º del Acuerdo de Cartagena, pues en éste se previene que los gravámenes existentes a partir del 31 de diciembre de 1982 serán eliminados totalmente el 31 de diciembre de 1983, y el acto acusado los mantiene.

Por lo anterior, la Sala Unitaria, decide:

1º Admítese la anterior demanda promovida por el doctor Omar Augusto Ferreira Roy, para su trámite se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público;

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

c) Cumplido lo anterior, fíjese en lista por el término de diez (10) días, para que los demandados y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

2º Decrétase la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 1312 de 1983, en cuanto se refiere a los gravámenes establecidos para productos originarios y provenientes de países miembros del Acuerdo de Cartagena.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernán Guillermo Aldana Duque.

Jorge A. Torrado, Secretario.

RETENCION EN LA FUENTE. SUJETOS DE RETENCION (Suspensión provisional).

Los artículos 31 de la Ley 20 de 1979 y 62 del Decreto legislativo 3803 de 1982, no establecen la obligación de retener sobre contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización o la confección de obra material de bien inmueble. Suspéndese provisionalmente la siguiente frase del artículo 7º del Decreto 2775 de 1983, "y de contratos de prestación de servicios construcción, urbanización y en general de confección de obra de bien inmueble".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 1625. Actor: Carlos Julio Castro Medina contra Gobierno Nacional. Acción de nulidad y suspensión provisional del artículo 7º del Decreto reglamentario número 2775 de septiembre 28 de 1983, proferido por el Gobierno Nacional. Auto.

El doctor Julio Castro Medina, abogado en ejercicio y con Tarjeta Profesional número 28401, con cédula de ciudadanía número 19.158.301 de Bogotá, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecido en el artículo 84 del Decreto extraordinario 01 de 1984, demanda de la Corporación que previo el procedimiento legal, se anule la expresión "y de contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble" contenida en el artículo 7º del Decreto reglamentario número 2775 de septiembre 28 de 1982.

El libelo reúne los requisitos formales de la ley procesal y por lo mismo debe admitirse, como se dirá más adelante.

El actor solicita también que se decrete la suspensión provisional de la parte acusada, y siendo procedente su estudio se procede a ello

Valga la pena apuntar que la misma frase fue suspendida por el suscrito Consejero por auto de diez (10) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), la que fue confirmada por la Sala de Decisión en providencia de catorce (14) de mayo de ese año, con salvamento de voto del doctor Enrique Low Murtra.

El expediente se quemó en los sucesos de los días seis (6) y siete (7) de noviembre de 1985, y no fue pedida su reconstrucción oportunamente; así las cosas, la suspensión provisional confirmada perdió vigencia según la disposición del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el artículo 1º del Decreto 3825 de diciembre de 1985, por el cual se decretaron medidas sobre reconstrucción de procesos en apelación o en única instancia el seis (6) de noviembre de 1985, cuando fue incendiado por pirómanos el Palacio de Justicia. Procede por ello, su estudio nuevamente.

A juicio del Consejero que sustenta esta providencia, las razones de orden legal expuestas en los autos de diez (10) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984, V. fls. 13 a 17) que obra en fotocopia autenticada y de catorce (14) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) proferido éste por la Sala de Decisión al desatar el recurso de súplica que se interpuso contra el auto anterior (fls. 18 a 28), acerca de que el Gobierno Nacional bajo el pretexto de reglamentar disposiciones sustantivas sobre retención en la fuente en verdad introdujo como sujeto de retención una modalidad contractual nueva que no estaba prevista en las normas reglamentadas que son los artículos 31 de la Ley 20 de 1979 y 62 del Decreto legislativo 3803 de 1982, que no establecen la obligación de retener sobre contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización o la confección de obra material de bien inmueble, como, lo establece el Decreto 2775 en el artículo 7º, en la parte cuya anulación se pide, violó las normas que se proponía reglamentar y los artículos 120, 3º y 43 de la Constitución Nacional.

En mérito de lo expuesto,

Se decide:

1. Admítase la demanda.

2. Notifíquese al Fiscal, y a la Dirección General de Impuestos Nacionales.

3. Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4. Fíjase en lista por el término legal.

5. Se decreta la suspensión provisional de la siguiente frase del artículo 7º del Decreto 2775 de 1983, "y de contratos de prestación de servicios de construcción, urbanización y en general de confección de obra material de bien inmueble".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

PROFESION U OFICIO. TITULOS DE IDONEIDAD (Suspensión provisional).

Artículo 39 de la Constitución Nacional. Competencia de carácter legislativo. POTESTAD REGLAMENTARIA (art. 120, numeral 3 de la C. N.). No puede el Presidente de la República en tal virtud, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas como si fueran leyes, debiendo limitarse a tomar medidas necesarias para la reglamentación de aquellas.

Decrétase la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 del Decreto número 1131 del 20 de abril de 1983.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., tres de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 624. Actor: Juan Manuel Arboleda P.

El ciudadano Juan Manuel Arboleda Perdomo, en ejercicio de la acción de nulidad contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pide a esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto número 1131 de 20 de abril de 1983 en sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16: "Por el cual se reglamenta la expedición de licencias para actuar a través de la radio y la televisión".

Por cuanto la demanda satisface los requisitos formales exigidos en la ley, el Despacho la admitirá.

Suspensión provisional:

En el mismo escrito de la demanda, el actor solicita que se decrete la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 del Decreto reglamentario número 1131 de 1983.

La solicitud de la medida cautelar la fundamenta en la violación, por parte de las normas acusadas del artículo 39 de la Constitución Nacional, en relación con el numeral 3º del artículo 120 de la misma Constitución, por cuanto que el "Gobierno usurpó la competencia del legislador al reglamentar una actividad que debería estar reglada por la ley..."

Consideraciones de la Sala:

El artículo 39 de la Constitución Nacional establece dos competencias de carácter legislativo: Una, para exigir títulos de idoneidad, y otra, para regular el ejercicio de las profesiones, conforme lo dicho en el fallo proferido el 14 de diciembre de 1970 por la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Eustorgio Sarria (G. J., T. CXXXVII *bis*, número 2338 *bis*, pág. 472).

"a) En cuanto a la facultad constitucional de exigir títulos de idoneidad, ésta conlleva la de definirlos, clasificarlos y señalarles su importancia y valor legal. En otras palabras: *Es la ley la que debe cumplir estas dos actividades, directamente, bien indirectamente a través de precisas autorizaciones, extraordinarias del Congreso al Presidente de la República. Ningún otro acto jurídico emanado del ejercicio del Poder Público puede realizar esta función que toca nada menos que con la libertad humana y los derechos que de ella se desprenden;*

"b) Mas, una cosa es que el título profesional sea o represente la culminación de los estudios universitarios, y otra bien distinta, el valor legal de ese título y la habilitación que se le dé para el ejercicio de la respectiva profesión. Lo primero es cuestión académica, en armonía con los niveles científicos del caso; *lo segundo es problema de orden legislativo que corresponde al órgano encargado de esta función*" (el subrayado no es del texto).

Es entonces competencia constitucional del legislador, exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones, correspondiéndole, según la Carta, a las autoridades ejecutivas la inspección, es decir la vigilancia de que el ejercicio de las profesiones se ajuste a los preceptos constitucionales y a la reglamentación que el legislador hubiese expedido.

A su vez, la potestad reglamentaria que le otorga al Presidente de la República el ordinal 3º del artículo 120, lo autoriza para expedir decretos, órdenes y resoluciones que desarrollan y hacen viable la ley que a través de ellas es reglamentada.

No puede en tal virtud, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas como si fueran leyes, debiendo limitarse a tomar las medidas necesarias para la reglamentación de aquellas.

En consecuencia es ostensible y manifiesta la violación de las citadas normas constitucionales por parte del Decreto 1131 en sus artículos acusados, puesto que el Gobierno Nacional carece de competencia para exigir título de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones, conforme a la disposición contenida en el artículo 39 de la Constitución Nacional, como tampoco el medio legal empleado para hacerlo idóneo puesto que, la facultad reglamentaria que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la misma Carta no lo habilita para ello.

Prospera, por lo tanto, la solicitud de suspensión de los efectos de la parte del acto administrativo aquí acusada.

En mérito de lo expuesto,

Resuelve:

1. Admitir la anterior demanda.

2. Tener al ciudadano Juan Manuel Arboleda Perdomo como parte demandante.

3. Tener a la Nación colombiana como parte demandada, representada en este caso por el Ministro de Comunicaciones, y en consecuencia notificar personalmente esta providencia al señor Ministro de Comunicaciones (C. C. A., arts. 149 a 151).

4. Notificar personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

5. Fijar en lista este negocio por el término legal de diez días, para los efectos previstos en el artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo.

6. Decretar la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, y 16 del Decreto número 1131 de 20 de abril de 1983.

Notifíquese.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. REEMPLAZO POR FALTA TEMPORAL O IMPEDIMENTO. Correspondiente al Viceprocurador General.

(Ley 25 de 1974) (CONFIRMA SUSPENSION PROVISIONAL). Confirmar el auto de marzo 2 de 1987 dictado en Sala Unitaria, por el cual se suspendió 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.*

POTESTAD REGLAMENTARIA. Límites.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., doce de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 494. Decretos del Gobierno. Actor: Fabio Valencia Cossio.

Decide la Sala el recurso de súplica interpuesto contra el auto de Sala Unitaria fechado el 3 de marzo del año que corre, por el cual se decidió "*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".

Antecedentes:

Dictó el Presidente de la República el Decreto número 3404 de 13 de diciembre de 1983 "por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 25 de 1974, 83 de 1936 y los Decretos 2898 de 1953 y 521 de 1971", cuyo artículo 35 dispone: "El funcionario o empleado impedido pasará el asunto o negocio a su superior jerárquico, a fin de que éste decida a quien ha de corresponder su conocimiento o quien habrá de sustituirlo para efectos del proyecto o de la instrucción. Se entiende por superior jerárquico en los términos del presente artículo el correspondiente Jefe Seccional, Procurador Regional o Delegado, el Procurador General de la Nación y el Presidente de la República".

En libelo fechado el 12 de noviembre de 1986, solicitó el ciudadano colombiano Fabio Valencia Cossio la suspensión provisional de la locución "y el Presidente de la República", aduciendo violación manifiesta entre otras normas, de los "artículos 76 numeral 1 y 120 numeral 3 y Ley 25 de 1974, artículo 2º".

Se pronunció el señor Consejero sustanciador en su providencia de 3 de marzo de 1987 admisoria de la demanda, decretando en el numeral 2º la suspensión provisional deprecada, decisión que motivó así: "Bastaría simplemente con invocar el artículo 4º de la Ley 25 de 1974, para concluir 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..."

Contra el aludido pronunciamiento interpuso el Ministro de Gobierno, mediante apoderada, el recurso de súplica, que sustenta en las mismas disposiciones que reglamentan la norma acusada, de las cuales deduce: "Según las normas reglamentadas tenemos que el Procurador debe obrar de acuerdo con el Gobierno Nacional en unos casos, además debe rendir informe anual al Presidente, y debe pedir aprobación al mismo para nombrar algunos funcionarios y el Presidente a su vez está encargado de nombrar Procuradores Delegados. Actuaciones que no nos dejan duda sobre la dependencia de la Procuraduría con respecto al Gobierno Nacional y que por lo tanto el Ejecutivo no excedió la potestad reglamentaria al disponer en el Decreto reglamentario 3404 que el Presidente de la República es superior jerárquico del Procurador para efectos de aceptar o no impedimentos".

Para resolver se considera:

Como es sabido el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad de reglamentación de las leyes, no puede ir más allá de estas, es decir, le está vedado crear disposiciones nuevas. No puede por lo tanto, estatuir normas que no estén implícitamente contenidas en las que son objeto de reglamentación.

Así las cosas, se tiene que ninguna de las disposiciones reglamentadas, citadas por el recurrente, otorga al Presidente de la República el carácter de superior jerárquico del Procurador General de la Nación o de cualquier otro funcionario de la Procuraduría. Una cosa es la colaboración que debe prestar la Procuraduría al Gobierno, que es lo único que fluye de las citadas disposiciones y otra la relación de dependencia y subordinación que implica la condición de inferior jerárquico.

Si por consiguiente la Ley 25 de 1974 estatuye categóricamente que es el Viceprocurador General la persona encargada de reemplazar al Procurador General en caso de falta temporal o impedimento del mismo la norma resulta manifiestamente vulnerada por el acto acusado, en cuanto éste dispone que sea el Presidente de la República, como superior jerárquico del Procurador, quien designe su sustituto en caso de impedimento.

Se dan por consiguiente en el caso *sub júdice* las premisas exigidas por el inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para la suspensión provisional materia de la acción de nulidad, por lo cual ha de confirmarse en su integridad la providencia recurrida.

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 3 de marzo de 1987, dictado en Sala Unitaria, por el cual se suspendió provisionalmente el acto de que da cuenta la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en reunión celebrada el día 1 de septiembre de 1987.

Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SINDICATOS. HUELGA O SOLICITUD DE ARBITRAMENTO (Confirmación de la suspensión provisional).

No parece correcto que si el artículo 9º de la Ley 39 de 1985, precisa que "la huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deben integrar la asamblea" empero la norma reglamentaria (art. 1º del Decreto 0477 de 1986) determine que los trabajadores que no alcancen a reunir dicha mayoría sí tendrán la facultad de solicitar un Tribunal de arbitramento obligatorio.

Confírmase la suspensión provisional de los efectos de la frase "y por consiguiente sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de arbitramento obligatorio"; contenido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario número 477 de 1986.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., siete de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 1979. Decretos del Gobierno. Recurso de Súplica. Actor: Jairo Higuita Higuita.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por Armando Novoa García contra el auto proferido por el Consejero ponente que suspendió provisionalmente la frase "y por consiguiente si tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento", contenida en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto reglamentario 477 de 1986.

Después de transcribir tanto la norma acusada como los preceptos presuntamente quebrantados, la providencia recurrida, para resolver favorablemente la medida provisional solicitada, consideró, en lo pertinente:

"A través de una sencilla comparación de la norma acusada con el texto del artículo 9º de la Ley 39 de 1985 y el del numeral 2º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, se puede percibir, *'prima facie'* que la norma reglamentaria viola en forma manifiesta las dos disposiciones legales, al preceptuar que: 'En el caso de que los trabajadores pertenecientes al sindicato o sindicatos directamente comprometidos en el conflicto, no alcanzaren a reunir la mayoría absoluta de los trabajadores permanentes de las empresas o establecimientos respectivos, no podrán declarar la huelga y por consiguiente *sí tendrán la*

facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio...' (Subraya la Sala).

"Esta facultad otorgada por la norma acusada al sindicato o sindicatos que no reúnan la mayoría absoluta de los trabajadores permanentes de las empresas o establecimientos respectivos, contraría en forma manifiesta u ostensible, tanto la disposición legal que reglamenta como el numeral 2 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, las cuales facultan con exclusividad al sindicato o sindicatos en que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de estos, a la mayoría absoluta de los trabajadores, de la empresa, para tomar la decisión de declarar la huelga o de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para los fines previstos en tales preceptos.

"No parece correcto que si el artículo 9º de la Ley reglamentada precisa que 'la huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la asamblea', empero la norma reglamentaria (art. 1º del Decreto 0477 de 1956) determine que los trabajadores que no alcancen a reunir dicha mayoría sí tengan la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio. La oposición del canon de inferior jerarquía normativa al texto superior no sólo es manifiesta, sino que contrariando la más elemental lógica le da a quien no tiene la potestad de declarar la huelga la sucedánea de solicitar el Tribunal de Arbitramento" (fls. 14 y 15).

Para resolver se considera:

La pretensión del recurrente, fundada en que "una decisión de suspensión provisional de normas relacionadas con el ejercicio del derecho de huelga, debe ser producto de un análisis integral de la norma impugnada a partir de la referencia constitucional y no sólo legal", desborda los límites de esta institución que opera mediante una sencilla comparación entre la disposición acusada y la de superior jerarquía que se dice quebrantada, salvo el caso de que la manifiesta violación de la última se perciba con el examen de las pruebas aportadas.

Eso fue lo que hizo el conductor del proceso en el auto que fue objeto del recurso de súplica y es lo que tiene que hacer la Sala para dilucidar si dicha providencia se ajusta o no a las disposiciones que regulan la suspensión provisional de los actos administrativos.

No podrá mantenerse la medida impugnada si el acto acusado no viola por ningún concepto las disposiciones legales invocadas por el actor; pero habrá de confirmarse si infringe de manera ostensible alguna de ellas y por alguno de los conceptos expuestos en la solicitud de suspensión provisional.

Por eso se limitará la Sala a comparar la norma reglamentaria con la Ley 39 de 1985 que establece que "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" (Subraya la Sala).

Por su parte, el artículo 1º del Decreto reglamentario 0477 de 1986 dispone, en su inciso segundo, que "en el caso de que los trabajadores pertenecientes al sindicato o sindicatos directamente *comprometidos en el conflicto, no alcanzaren a reunir la mayoría absoluta de los trabajadores* permanentes de las empresas o establecimientos respectivos, *no podrán declarar la huelga y por consiguiente sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio...*" (Subraya la Sala).

Las previsiones del decreto reglamentario no se encuentran en la ley que dice reglamentar ni en ningún otro texto legal. Es ostensible que el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria al dictar una disposición que modifica el texto legal.

En efecto, el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 da la opción de declarar la huelga o solicitar el arbitramento a un mismo conjunto de trabajadores: Los integrantes de la Asamblea General prevista en dicha disposición. Según ésta sólo quienes pueden declarar la huelga tienen facultad para pedir el arbitramento.

En cambio el decreto reglamentario establece que quienes no puedan declarar la huelga, pueden, *por consiguiente,* solicitar la convocatoria de un Tribunal de *Arbitramento Obligatorio.*

No establece, pues, en la ley reglamentada, como tampoco en la 48 de 1968, que quienes no pueden declarar la huelga, *por su condición minoritaria,* tienen la facultad de solicitar la convocación de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio.

Sobre los límites de la potestad reglamentaria dijo la Sala en auto de 27 de febrero de 1984:

"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).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

Resuelve:

Confírmase el auto proferido el 22 de octubre de 1986.

Cópiese y notifíquese.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PENSION DE JUBILACION. REAJUSTE (Suspensión provisional).

La Ley 4ª de 1976 en su artículo 5º otorga el beneficio del reajuste anual de pensión de jubilación a los pensionados de que trata dicha ley o a las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite este derecho.

Suspéndese provisionalmente los efectos del artículo 6º del Decreto reglamentario 732 de 1976.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 2819. Actor: Antonio José Guerrero Quintero.

Por reunir los requisitos de ley, se admite la demanda presentada por el señor Antonio José Guerrero Quintero para impetrar la declaración de nulidad del artículo 6º del Decreto reglamentario 732 de 1976 (abril 22).

Notifíquese personalmente al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para los efectos previstos en el ordinal 3 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Solicítese al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado.

Suspensión provisional:

En la demanda se solicita, expresamente, el decreto de suspensión provisional del acto acusado, con el siguiente razonamiento:

"Conforme al artículo 152, Título XVII, Libro IV, del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) solicito la suspensión provisional del artículo 6º del Decreto reglamentario 732 de 1976, con base en el inciso 2º del citado artículo al decir: 'Si la acción es de nulidad basta que haya manifiesta violación de una

norma superior que se puede percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas'.

"Artículo 6º del Decreto reglamentario número 732 de 1976. abril 22.

El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de las facultades constitucionales y legales que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional

DECRETA:

Artículo 6º: 'Los pensionados de que trata el inciso 1º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 o quienes lo sustituyan recibirán cada año el valor correspondiente a una mensualidad de la pensión, en forma adicional a la misma'.

"Artículo 5º de la Ley 4ª de 1976.

Artículo 5º: 'Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre el valor correspondiente a una mensualidad en forma adicional a su pensión'.

"Considero que existe una manifiesta violación por parte del Decreto reglamentario en su artículo 6º en desarrollo de la Ley 4ª de 1976 por cuanto es una norma superior, lo cual salta a la vista sin hacer un esfuerzo especial, ya que basta comparar únicamente las dos disposiciones y ver que al tenor del artículo 6º del Decreto se excluyen de la mesada adicional de diciembre a los pensionados por incapacidad permanente parcial al utilizar dicha expresión excluyente y referirse únicamente a los pensionados de que trata el artículo 1º, inciso 1º de la Ley 4ª de 1976, en tanto que a la luz de la Ley 4ª en su artículo 5º se hace referencia a que todos los pensionados de que trata esta ley tendrán derecho a la mesada adicional de diciembre, tanto los que trata el artículo 1º, inciso 1º como los que trata el artículo 3º de dicha ley. No es necesario hacer un esfuerzo intelectual grande para ver como el Decreto reglamentario equiparó los pensionados del artículo 6º a los pensionados del artículo 1º, inciso 1º de la Ley 4ª lo cual es una impropiedad.

En el desarrollo de este tema se encuentra que el artículo 6º del Decreto reglamentario violó ostensiblemente el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional por lo siguiente:

El Decreto reglamentario 732 de 1976 en desarrollo de la Ley 4ª excluyó a los pensionados por incapacidad permanente parcial de la mesada adicional de diciembre, de suerte que los límites del poder reglamentario de la ley no están cumpliendo debidamente el estatuto desarrollado porque a pesar de que en la Ley 4ª faltasen los pormenores necesarios para su correcta aplicación no significa que el poder reglamentario pueda restringir el sentido de la ley suprimiendo las contenidas en las normas;

basta simplemente comparar el acto acusado con la norma violada para considerar que se ha producido violación de una norma superior.

Por todo lo anterior, solicito ante ustedes honorables Magistrados se decrete la suspensión provisional del acto acusado, conforme lo prevé el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 7 y 8).

Para resolver, se considera:

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo autoriza la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, acusado mediante la acción pública de nulidad, como sucede en el caso presente, cuando haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas.

Para apreciar si el acto acusado viola ostensiblemente o en forma manifiesta, la norma superior invocada en la demanda, se deben comparar sus textos.

El acto acusado, artículo 6º del Decreto 732 de 1976, por el cual se reglamenta la Ley 4ª de 1976, tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 6º Los pensionados de que trata el inciso primero del artículo primero de la Ley 4ª de 1976, o quienes los sustituyan, recibirán cada año el valor correspondiente a una mensualidad de la pensión, en forma adicional a la misma. Esta suma será entregada por quien tenga a su cargo el pago de la pensión, en la primera quincena del mes de diciembre, a quienes se encuentren disfrutando de ésta en 30 de noviembre inmediatamente anterior, sin que su valor exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto".

La Ley 4ª de 1976, estatuye en sus artículos 1º, 3º y 5º, lo siguiente:

"Artículo 1º Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma":

"..... ,

"Artículo 3º Las pensiones por incapacidad permanente parcial reconocidas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales se revalorizarán en forma tal que mantengan la misma proporción que tenían en el momento de su otorgamiento en relación a la correspondiente pensión de incapacidad permanente total revalorizada".

"..... ,

"Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes

se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto".

A través de una sencilla comparación entre los textos transcritos, se puede percibir que el artículo 6º del Decreto reglamentario 732 de 1976 restringe en forma manifiesta el alcance del artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, al prescribir que "los pensionados de que trata el inciso primero del artículo primero de la Ley 4ª de 1976, o quienes los sustituyan, recibirán cada año el valor correspondiente a una mensualidad de la pensión en forma adicional a la misma'.

A primera vista, la norma reglamentaria modifica y restringe la ley reglamentada, puesto que el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 establece como beneficiarios de ese valor correspondiente a una mensualidad adicional a la pensión, no solamente a los pensionados de que trata el inciso primero de su artículo primero, o a quienes los sustituyan, sino a todos los pensionados de que trata la misma ley, entre los que quedan incluidos los pensionados por incapacidad permanente parcial, excluidos del precepto contenido en el inciso 1º del artículo 1º y cobijados por el artículo 3º de esa ley.

Se dan, frente al acto administrativo acusado, los presupuestos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y, en consecuencia, se decide decretar la suspensión provisional de los efectos del artículo 6º del Decreto 732 de 1976, reglamentario de la Ley 4ª de 1976.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y comuníquese al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Aydée Anzola Linares.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

IMPUESTOS. BENEFICIARIOS. IDENTIFICACION (Suspensión provisional). Confirmación del auto de julio 3 de 1987, expedido por la Sala Unitaria.

Suspéndese provisionalmente la expresión "o dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento de plazo legal para declararla", contenida en el artículo 27 del Decreto reglamentario 080 de 1984.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiséis de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1720. Actor: Emilio Wills Cervantes. Autoridades Nacionales. Recurso de súplica. Auto.

Decide la Sala el recurso de súplica interpuesto por el señor apoderado de la Nación, Ministro de Hacienda y Crédito Público contra el auto proferido por la Sala Unitaria el día 3 de julio del año en curso y por el cual, al admitir la demanda, dispuso la suspensión provisional de la expresión "o dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar", que se contiene dentro del cuerpo del artículo 27 del Decreto reglamentario número 080 de 1984.

Antecedentes:

El actor señala que el artículo 27 del Decreto reglamentario legislativo número 3803 de 1982, viola la norma superior que se dice reglamentar, pues estima que éste no requiere reglamentación por tener en sí los elementos suficientes para su cumplimiento sin que sea menester adicional complementación a través del mecanismo de la reglamentación.

Las normas superiores que se dicen infringidas disponen:

"Los contribuyentes deben informar en su declaración tributaria, el nombre y apellido o razón social y número de identificación tributaria (NIT) de las personas de las cuales devengan sus ingresos (en las condiciones y cuantías que determine el reglamento)" (La expresión entre paréntesis fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de marzo de 1983).

"El incumplimiento de este requisito se sancionará con una multa del cuatro por ciento (4%) sobre los ingresos respecto de los cuales no se hubiere dado la información de que trata este parágrafo".

"Los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria la identificación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, en los términos exigidos por la ley (o los reglamentos) (esta expresión fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de marzo de 1983), incurrirán en el desconocimiento de los respectivos costos, deducciones, pasivos y descuentos y en una sanción del uno por ciento (1%), en el caso de pasivos y créditos y del tres por ciento (3%), en los demás casos; que se calculará tomando como base la suma respecto de la cual no se suministró la información exigida. Esta última sanción se aplicará sin perjuicio de que el contribuyente subsane tales omisiones.

"Para efectos de la posterior aceptación de los correspondientes costos, deducciones, pasivos o descuentos, el contribuyente o responsable deberá probar plenamente que tiene derecho a la aceptación del valor que hubiere sido objetado o rechazado".

El texto reglamentario es del tenor que sigue:

"De conformidad con el parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto 3803 de 1982, el artículo 59 del mismo Decreto y el artículo 16 del Decreto 338 de 1983, los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria *o dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar* (el subrayado es nuestro), la identificación de las personas de quienes se devengan los ingresos y de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, incurrirán en las siguientes sanciones:..."

El auto impugnado discurrió así, para llegar a la conclusión de que en la expresión acusada transgredía la norma superior en forma manifiesta:

"A simple vista se observa que el Decreto acusado adicionó el texto de la norma reglamentada que es el parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto 3803 de 1982 el cual establece la obligación de suministrar detalles de las personas de las cuales se reciben ingresos (nombre e identificación), obligación que según la norma debe cumplirse 'en su declaración tributaria'.

"Cuando la adición tiene el sentido y efecto simplemente de aclarar la ley para facilitar su cumplimiento, no es objetable porque precisamente esa es una de las finalidades de la función reglamentaria atribuida al Presidente.

"Pero en el presente caso, en lugar de aclarar lo que no requería aclaración porque el concepto o contenido de 'declaración tributaria' está dado en el mismo artículo 1º del Decreto 3803 de 1982 (tenidas en cuenta varias modificaciones hechas posteriormente) produjo efectos sancionarios al parecer no deseados, ni siquiera previstos por el legislador en el artículo 59 del mismo estatuto.

"En efecto, el reglamento al indicar en la expresión 'o dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo legal para

declarar' (que corresponde al plazo para corregir errores o modificar factores según el artículo 71 d ela Ley 9ª de 1983) produce el resultado, o por lo menos así lo aparenta, de que la declaración extemporánea, presentada después de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar, incurre en la sanción prevista en el artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 (3%, rebajada al 2% por el artículo 16 del Decreto 398 de 1983).

"Pero según esta última norma la sanción se causa únicamente para los contribuyentes que no suministren dicha información, sin distinguir si en declaración oportuna o extemporánea, pero también sin prohibir ni sancionar que se haga en esta última.

"Parécese estar frente a uno de aquellos casos que la jurisprudencia conoce como reglamentos innecesarios, por lo cual este Despacho dispondrá la suspensión provisional solicitada".

La impugnación:

El recurrente en súplica sostiene que el artículo 29, en su texto y en especial en la frase acusada, sólo contiene reiteración de lo dispuesto entre varias normas legales, y en particular en la Ley 9ª de 1983, cuyo artículo 71 previó:

"El contribuyente podrá corregir los errores o modificar los factores de su declaración tributaria, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar".

Para fundar su petición de revocatoria del auto de suspensión provisional, sostiene el señor Procurador Judicial de la Nación:

"De conformidad con las normas legales (parágrafo 1º artículos 1º y 59 del Decreto-ley 3803 de 1982) los contribuyentes deberán informar el nombre y apellido o razón social y NIT de las personas de las cuales devengan sus ingresos y de los beneficiarios de los pagos, pasivos o créditos, en su *declaración tributaria*, sea que ésta se presente en forma oportuna o extemporáneamente.

"A tal conclusión se llega al analizar las disposiciones legales, toda vez que en ellas no se establece condición alguna para la presentación del denuncio tributario, limitándose únicamente a solicitar la información requerida para no ser sujeto el contribuyente de las sanciones allí previstas.

"En igual sentido se debe entender el reglamento, ya que en él simplemente se hace referencia a la declaración tributaria, sin calificar la forma u oportunidad de su presentación. Cuando en la norma se dice que: 'Los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria...', se está permitiendo que la información pueda ser presentada en declaración oportuna o extemporánea.

"El reglamento estaría transgrediendo las normas legales si hubiera dispuesto que la declaración tributaria debía ser presentada en forma *OPORTUNA* para que el contribuyente no fuera objeto de sanción, en cuyo caso la suspensión provisional recurrida estaría totalmente ajustada a derecho.

"II. Corrección de la declaración.

"La norma reglamentaria acoge lo que dispone, en forma general, el artículo 71 de la Ley 9ª de 1983, en concordancia con el parágrafo del artículo 25 de la Ley 52 de 1977 y con el artículo 18 del Decreto 825 de 1978, en el sentido de aclarar que la información solicitada por el Decreto 3803 de 1982, no solamente puede cumplirse en la declaración tributaria (oportuna o extemporáneamente), sino también dentro del plazo para corregir el denuncio, el cual es de dos (2) meses a partir del vencimiento del plazo legal para declarar.

"El reglamento hace referencia al artículo 71 de la Ley 9ª en vista de que es una norma superior, que contiene un mandato, si bien general, obligatorio para todos los contribuyentes, y de una materia específica como es la de la *corrección de la declaración tributaria*".

Para resolver, se considera:

El suplicante considera que el texto acusado no transgrede ni el artículo 1º, parágrafo 1º del Decreto 3803 de 1982, ni su artículo 59; además, que dicho texto reproduce en esencia las previsiones de la Ley 9ª de 1983.

El texto acusado corresponde al Decreto 080 de 1984, cuya vigencia comenzó el 18 de enero de 1984.

El Decreto reglamentado, el 3803 de 1982 rigió a partir del 31 de diciembre de 1982.

A su turno, la Ley 9ª de 1983, comenzó a regir el 15 de junio de 1983.

En tales condiciones, la validez del Decreto reglamentario debe analizarse a la luz del Decreto 3803 de 1982 y no a la de la Ley 9ª de 1983, por lo menos en cuanto a sus efectos entre la fecha de su vigencia y la de esta ley.

Confrontado el texto acusado con los artículos 1º, parágrafo 1º del Decreto 3803 de 1982, aparece, *prima facie* que él, desborda la facultad reglamentaria, al adicionar el texto superior innecesariamente y agregándole condiciones que la ley superior no establece.

Otro tanto cabe decir en cuanto al desconocimiento por el reglamento, *prima facie*, del texto del artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, máxime si se tiene presente qué jurisdicción constitucional declaró inexequible la parte del artículo mencionado que autorizaba al reglamento para fijar las condiciones o términos dentro de los cuales la falta de suministro de la identificación de beneficiarios de pagos, pasivos y créditos acarrearía las consecuencias legales establecidas.

Por lo dicho, la Sección Cuarta, hallando ajustado a derecho el auto recurrido, y no siendo posible sustituirle su base legal, por lo menos al tiempo de su expedición del artículo y texto acusado, habrá de confirmar la providencia suplicada.

Por lo expuesto,

Resuelve:

Confírmase el proveído de fecha tres (3) de julio del año en curso, por el cual se suspendió provisionalmente la expresión "o dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declararla", contenida en el artículo 27 del Decreto 080 de 1984.

Cópiese, notifíquese, vuelva el expediente al señor Consejero conductor del proceso y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Hernán Guillermo Aldana Duque, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado, Secretario.

INDEMNIZACION FIJADA POR PERITOS Y APROBADA POR EL ALCALDE. "CADUCIDAD" PARA PEDIR LA REVISION (Suspensión provisional).

Al señalar la norma acusada (Decreto reglamentario 2477 de 1986, expedido por el señor Presidente de la República) un TERMINO DE CADUCIDAD de un mes para que las partes puedan acudir a la vía judicial para que se señale el monto de indemnización incurrió en manifiesto quebranto de las normas que se dicen violadas (Leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979).

Suspéndese provisionalmente el inciso 2º del artículo 187 del Decreto 2477 de 1986 en la expresión que dice: "Dentro del término de un (1) mes contado a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia de la Alcaldía que ordene el pago".

POTESTAD REGLAMENTARIA. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CARECE DE COMPETENCIA PARA ESTABLECER MEDIOS PROBATORIOS, PRESCRIPCIONES, CADUCIDADES Y SANCIONES.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Número 5196. Actor: Fernando A. Baquero Lozano.

El ciudadano Fernando Antonio Baquero Lozano, en ejercicio del ontencioso objetivo que se consagra en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad de la expresión "dentro lel término de un (1) mes, contado a partir de la fecha de la ejecutoria .e la providencia de la alcaldía en que se ordene el pago", que corres-onde al inciso 2º del artículo 187 del Decreto reglamentario número 477 de julio 31 de 1986, expedido por el señor Presidente de la Repú-lica y refrendado por el Ministro de Minas y Energía, por extralimi-ación de la facultad reglamentaria y violación de la ley.

En el mismo escrito, con fundamento en el artículo 152 del mismo ódigo, solicitó la suspensión provisional de los efectos de la norma -cusada.

Consideraciones de la Sala:

Como la demanda será admitida, la Sala procede primero a ecidir lo relacionado con la medida cautelar, a la luz de la norma-vidad vigente sobre la materia.

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, dispone que el Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante la siguiente regla:

"Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se puede percibir a través de una sencilla comparación.

"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".

El demandante afirma que el Ejecutivo extralimitó la potestad reglamentaria invadiendo el campo del legislador, y violando el artículo 120, atribución 3º de la Constitución Nacional, pues el término de un (1) mes, que señala el reglamento (2477 de julio 31 de 1986 expedido por el Presidente de la República) no aparece en la ley reglamentada (art. 10 de la Ley 20 de 1969), ni se desprende de su tenor, ni el legislador autoriza al Ejecutivo para señalarlo, ni menos para crear un término con carácter de caducidad.

De la simple comparación de la expresión contenida en la norma acusada —agrega el demandante— con la parte final del artículo 4 de la Ley 13 de 1937, resulta violatoria de la norma de superior jerarquía, que no señala ni fija término para recurrir a la justicia ordinaria, por lo cual es nula la norma impugnada "...que señala un término de perención, que puede incidir en los derechos civiles de las personas interesadas en el conflicto" (fls. 7 y ss.).

Para resolver,

Se considera:

En el *sub lite* la situación es la siguiente:

El Decreto 2477 de 1986, fue expedido por el Presidente de la República, para reglamentar las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 6 de 1979.

Es bien sabido que el Ejecutivo no puede, so pretexto de reglamentar la ley, modificar sustancialmente su contenido, ni reformarla ni adicionarla, ni tampoco variar, en lo más mínimo, la voluntad legislativa. La esencia y el espíritu de la ley reglamentada debe mantenerse en todo momento.

Dentro del marco anterior, la realidad histórica es demostrativa de que en las Leyes 13 de 1937 y 20 de 1969, el legislador no se ocupó de fijar un término de caducidad para pedir la revisión del monto de la indemnización fijada por los peritos y aprobada por el alcalde.

Censurable o no, esa conducta legislativa, de la cual se queja doctrinantes como el doctor Gerardo Arias Mejía en la obra Derecho Minero Colombiano, Editorial Librería Siglo XX, Medellín, 194: es lo cierto que ella se ha mantenido en el tiempo, hasta que e

Decreto reglamentario 1275 de 1970, subrogado por el Decreto 1620 de 1978, señaló un término de caducidad de un mes para pedir la citada revisión.

No obstante esta realidad jurídica, no controvertida en el tiempo, el Decreto reglamentario 2477 de 1986, señala un término de caducidad que ni siquiera se vislumbra en la ley. Ello no es posible jurídicamente, pues como reiteradamente se ha dicho por la jurisprudencia y la doctrina, el Presidente carece de competencia para establecer medios probatorios, prescripciones, caducidades, sanciones, por la vía reglamentaria. En este particular la Sala observa, además, que la caducidad es una sanción por el no ejercicio de la acción dentro del término señalado en la ley, lo que explica aún más tal limitación. En situación similar, el Consejo de Estado, en providencia de febrero 13 de 1980, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, fijó una pauta jurisprudencial, que la Sala Unitaria acoge (Ver *Anales* de 1980. Primer Semestre, pág. 257). En ella se lee:

"El Decreto acusado, de carácter reglamentario, agrega un requisito adicional: El que la solicitud correspondiente deberá presentarse en forma escrita, ante el Ministerio de Salud Pública, dentro del plazo máximo de seis meses contados a partir de su vigencia.

"El auto suplicado consideró al respecto que no se apreciaba a primera vista por qué el reglamento no podía establecer un término para tal efecto y que, todo parecía indicar que, constituía 'una medida necesaria para darle vida práctica y desarrollo al artículo 1º de la Ley 17 de 1974'.

"La Sala de Decisión no comparte el criterio de la Sala Unitaria. Efectivamente la norma mencionada dispone claramente que el Ministerio de Salud expedirá la credencial de expendedor de drogas a quienes la solicitaren y cumplieren determinadas formalidades, sin precisar un plazo para que se efectúe tal solicitud. De tal manera que cuando la reglamentación impone un término máximo de seis meses, contados a partir de su vigencia, para tal efecto, está rebasando la función de desarrollo de la ley, para desempeñar la facultad normativa de ella.

"Por otra parte, es necesario anotar que, este exceso, como afirma el actor, grava la situación de la persona interesada en obtener la credencial de expendedor de drogas, al circunscribir las posibles solicitudes al término de seis meses, contados desde su vigencia, conduciendo a extremos como el de que, según esto, en la actualidad no podrían expedirse tales credenciales a personas que cumplieron los requisitos señalados y desearan ejercer su derecho a establecer una Droguería, puesto que el día 21 de agosto de 1975, cuando se cumplieron los seis meses señalados, habría finalizado el término previsto para elio.

"En esta forma, también es ostensible que el Decreto reglamentario cambiaría el sentido de la ley que no tiene por finalidad

que los interesados soliciten en un plazo determinado las licencias sino regular la manera como estas deben ser expedidas en cual quier tiempo".

Al señalar la norma acusada un término de caducidad de un me para que las partes puedan acudir a la vía judicial para que se señal el monto de la indemnización, incurrió en manifiesto quebranto d las normas que se dicen violadas, apreciable *prima facie*, lo qu impone la medida cautelar solicitada por el actor, y así se decidirá

En consecuencia, la Sala Unitaria,

Resuelve:

1º Por reunir los requisitos de ley, admítese la demanda formulad por el ciudadano Fernando Antonio Baquero Lozano, contra el inciso 2 del artículo 187 del Decreto 2477 de 1986, en la expresión que dice "Dentro del término de un (1) mes contados a partir de la fecha de l ejecutoria de la providencia de la alcaldía en que se ordene el pago" Decreto expedido por el Presidente de la República y refrendado pc el Ministro de Minas y Energía.

2º Notifíquese personalmente este auto al señor Ministro de Mina y Energía, en la forma prevista en los artículos 149 y 150 del Códig Contencioso Administrativo.

3º Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Públic

4º Fíjese en lista el presente negocio por el término de diez (1(días, para los efectos del numeral 3º del artículo 206 del mismo Códig

5º Decrétase la suspensión provisional del inciso 2º del artículo 1 del Decreto 2477 de 1986, en la expresión que dice "dentro del término de un (1) mes contados a partir de la fecha de la ejecutoria de providencia de la alcaldía en que se ordene el pago".

Cópiese y notifíquese.

Julio César Uribe Acosta.

Arturo Mora Villate, Secretario.

CAPITULO III

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

SANCION DISCIPLINARIA Y SANCION PENAL.

1. El hecho o hechos que dan lugar a falta administrativa que encaja dentro del procedimiento administrativo disciplinario, pueden originar la actuación punitiva del Estado, ya sea de manera simultánea o posterior sin que pueda derivarse de tal circunstancia la idea de que el agente esté sujeto a una DOBLE SANCION.

2. Finalidad de ambas sanciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 1063. Actor: José Manuel Torregroza Rozo. Resoluciones Ministeriales.

Se entra a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante, José Manuel Torregroza Rozo, contra la sentencia de primera instancia, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 29 de marzo de 1982, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

El expediente que se encontraba en trámite en esta Corporación fue objeto de reconstrucción de conformidad con las normas del Decreto 3825 de 1985, hasta haber quedado en estado de proferirse sentencia de segunda instancia, a lo cual se procede ahora cuando por otra parte no se advierte causal alguna de nulidad procesal susceptible de invalidar lo actuado.

Consideraciones de la Sala:

El Tribunal de primera instancia en la parte considerativa trae una serie de apreciaciones sobre los hechos y circunstancias puestos a examen judicial, como de los fundamentos jurídicos que lo llevan a denegar el *petitum* de la demanda, que vale la pena transcribir.

Dice así el Tribunal:

"Se pretende en este proceso, la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 0780 de septiembre 20 de 1979 y 07967 de noviembre 6 del mismo año, por medio de las cuales el Ministro de Hacienda y Crédito Público destituyó al demandante del

cargo de Técnico Administrativo 4065-9 del Grupo de Liquidación de la Sección de Auditoría de Impuestos sobre las Ventas e Indirectos de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"Como fundamento principal de la impugnación se expone que el demandante fue destituido sin que se adelantara debidamente el proceso correspondiente a los empleados de carrera, pues se desconoció el derecho de defensa.

"Al proceso se allegaron fotocopias de la investigación administrativa número 1600 adelantada por la División de Inspección —Sección de Investigaciones de la Dirección General de Impuestos Nacionales— contra el demandante. Consta en el expediente que contra el actor se formularon dos quejas, una formulada por los doctores Leonel Chaves Agudelo y Carlos Cujar Albornoz y la otra por el señor José Luis Ossa, en su calidad de representante legal de la Sociedad Importadora Lucas J. L. Ossa y Cía. La primera queja se presentó en agosto 19 de 1977 y se relaciona con irregularidades ocurridas dentro del proceso de sucesión de la señora Angela Albornoz, consistentes en que el día anterior el doctor Cujar Albornoz manifiesta haber recibido una llamada telefónica de una persona que se identificó como Manuel Torregroza para expresarle que la liquidación del impuesto sucesoral había ascendido a la suma de $ 176.274.00 y a la vez, solicitarle la suma de $ 30.000.00 a fin de que dicha liquidación quedará en cero. La segunda queja está contenida en un escrito presentado el 20 de enero de 1978 y consiste en señalar que el día 12 de enero del mismo año se presentó en el local donde funciona la mencionada sociedad una persona que dijo llamarse José Manuel Torregrosa y le manifestó al propietario del negocio que en su condición de funcionario de la Auditoría Interna del Impuesto sobre las Ventas conocía en detalle la declaración de ventas de la empresa correspondiente al sexto bimestre de 1975 y, por tanto, se encontraba en condiciones de evitarle un perjuicio económico por las incorrecciones que contenía, siempre y cuando le pagara la suma de $ 400.000.00.

"La administración dispuso y formuló denuncias penales en relación con los hechos materia de las quejas, correspondiendo el conocimiento de los procesos correspondientes a los Juzgados 9º y 3º Penales del Circuito de Bogotá, respectivamente. Así mismo en forma simultánea dispuso adelantar investigación administrativa, inicialmente en relación con la primera queja y luego también con respecto a la segunda al ordenar la acumulación para tramitarlas bajo una misma cuerda y decidirlas en un mismo fallo según se desprende del auto de abril 18 de 1978, visible al folio 2 del cuaderno administrativo.

"Adelantada la averiguación de los hechos el investigado escuchó en diligencia de descargos al inculpado, según acta de mayo 16 de 1978 —folios 85 a 89— y luego en auto del 19 de mayo del mismo año resolvió sobre la petición de pruebas formulada en la misma diligencia de descargos —folios 90 y 91—. Practicada

la prueba decretada, el investigador rindió el correspondiente informe al Jefe de la Sección de Investigaciones, en el cual concluye que el señor Torregroza Rozo incurrió en responsabilidad administrativa y califica su conducta como grave —folios 196 a 105—. Posteriormente, el Jefe de la División de Inspección en Memorando de julio 18 de 1978 para el Jefe de División de Personal solicita la aplicación de la sanción disciplinaria prevista por el literal e) del artículo 140 del Decreto 1950 de 1973 y la inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el máximo término previsto en la ley. Por último, la Comisión de Personal en sesión celebrada el 14 de agosto de 1979 conceptuó en el sentido de que el demandante debía ser destituido e inhabilitado para el desempeño de cargos públicos por el término de un mes, concepto que fue acogido por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en el acto debidamente motivado, materia de la impugnación.

"De esta manera se establece que la destitución del demandante, al contrario de lo afirmado por su apoderado, se hizo con arreglo al procedimiento previsto para los empleados inscritos en el escalafón de la Carrera Administrativa, como en efecto lo estaba, pues al folio 37 aparece una comunicación del Departamento Administrativo del Servicio Civil indicando que el señor José Manuel Torregroza fue inscrito como Liquidador de Impuestos III-16, por medio de la Resolución número 617 de septiembre 3 de 1974. Así se surtió el procedimiento disciplinario previsto en los artículos 149 a 157 del Decreto 1950 de 1973, consistente básicamente en la averiguación de los hechos, el traslado de cargos, la presentación de descargos, la práctica de pruebas conducentes pedidas por el inculpado, el concepto de la Comisión de Personal y la decisión contenida en providencia debidamente motivada. Por consiguiente, el cargo formulado por este aspecto no puede prosperar, pues, en manera alguna, se vislumbra el desconocimiento del derecho de defensa, como se indica en la demanda, por cuanto éste tuvo su pleno ejercicio cuando la administración le puso en conocimiento los cargos que surgieron de la investigación y el inculpado presentó sus descargos y solicitó la práctica de pruebas.

"El apoderado del demandante sostiene, de otra parte, que por medio del acto acusado se desconoció el derecho del demandante a ser reintegrado al cargo que desempeñaba en el momento de ser suspendido para hacer efectivo el auto de detención que se dictó en su contra, en razón a que el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bogotá dictó en su favor el segundo sobreseimiento temporal. Al respecto se observa que, efectivamente, constan en el expediente que en relación con los hechos denunciados por el señor José Luis Ossa, el Juzgado 14 de Instrucción Criminal dictó auto de detención contra el demandante en agosto 28 de 1978, para lo cual solicitó a la Administración de Impuestos la suspensión del cargo que desempeñaba, y el Juzgado 3º Penal del Circuito al calificar el mérito del sumario dictó los sobreseimientos temporales, el segundo de ellos el 8 de agosto de 1979, confirmado por el Tribunal Superior el 12 de noviembre, ejecutoriado en

noviembre 22 del mismo año. Sin embargo, la Sala llega a la conclusión de que este cargo igualmente carece de fundamento, entre otras, por las siguientes razones: En primer lugar, como ya se anotó, la destitución del demandante se dispuso previo agotamiento del debido proceso disciplinario y, por tanto, el segundo sobreseimiento temporal del demandante y sindicado del delito de concusión no impedía a la administración tomar una decisión sobre la investigación disciplinaria. En segundo lugar, la calificación del mérito del sumario con un segundo sobreseimiento temporal no significa que el sindicado no haya cometido el delito que se le imputa, sino que no existe la prueba suficiente para llamarlo a juicio o que no aparece plenamente comprobado el cuerpo del delito y, por consiguiente, el demandante no había sido desvinculado penalmente. En tercer lugar, unos mismos hechos atribuidos a un empleado pueden ser objeto a la vez de investigación disciplinaria y penal, sin que sea indispensable la imposición de una condena penal para señalar la responsabilidad disciplinaria y la consiguiente sanción, pues, de una parte, las pruebas son más exigentes en materia penal que en la disciplinaria, el procedimiento es más dilatado y ofrece más posibilidades de defensa al sindicado y, de otra, puede ocurrir que si en un determinado caso no se demuestra la responsabilidad penal sí se logró establecer la infracción de normas disciplinarias que ameritan una sanción. En cuarto lugar, de conformidad con el certificado del Juzgado 3º Penal del Circuito que aparece al folio 44 del cuaderno principal, se deduce que el segundo sobreseimiento temporal quedó ejecutoriado con posterioridad a la fecha de expedición de los actos acusados, pues estos se dictaron en septiembre 20 y noviembre 6 de 1979 y el mencionado sobreseimiento se ejecutorió en noviembre 22 del mismo año, razón por la cual la administración no podía reintegrar al demandante antes de esta última fecha y mucho menos después por cuanto ya se encontraban rigiendo las Resoluciones de destitución.

"En estas condiciones, las Resoluciones acusadas se encuentran ajustadas a la legalidad y, por tanto, no procede la petición de nulidad ni las demás consignadas en la demanda".

Realmente las apreciaciones del *a quo* son correctas. La sola circunstancia de que se haya iniciado una investigación disciplinaria de carácter administrativo por hechos que a su vez dieron lugar a una actuación jurisdiccional de carácter penal, habiendo terminado esta última por razón de dos sobreseimientos temporales, no obsta a que la primera se desarrolle y termine si es el caso con la imposición de una sanción disciplinaria, que puede ser la de destitución, por más que el funcionario se encuentre amparado por un fuero de estabilidad en razón de estar incorporado en la carrera administrativa, si es que al efecto se cumplen los reglamentos pertinentes. Las sanciones administrativas disciplinarias son una consecuencia necesaria de la organización administrativa, tipificada en las normas legales, que sólo soportan los funcionarios públicos por su calidad de tales, y que se derivan necesariamente por la relación de empleo público que se da entre el agente y la administración pública, y que nada tienen que ver con las sanciones penales que por los mismos hechos pudieran

corresponder, puesto que no son excluyentes. El hecho o hechos que dan lugar a la falta administrativa que encaja dentro del procedimiento administrativo disciplinario, pueden originar la actuación punitiva del Estado, ya sea de manera simultánea o posterior, sin que pueda derivarse de tal circunstancia la idea de que el agente esté sujeto a una doble sanción. Cada una contempla el hecho desde el punto de vista prefijado por la ley, dentro de un ámbito determinado y con fines diversos. Y así, la sanción disciplinaria administrativa tiene por finalidad el logro de la disciplina en el ejercicio de la función pública, y reprimir las transgresiones a los deberes y obligaciones impuestos a los agentes estatales. Pero por la circunstancia de que un empleado por hechos considerados como punibles, haya sido beneficiado por dos sobreseimientos de carácter temporal, no implica ni mucho menos que se pierda la facultad sancionadora de la administración que tiene por fundamento primo la defensa misma de la administración y de su moralidad, y no sólo la simple corrección del funcionario que no guarda sus deberes y compromisos con aquella.

Ahora bien, tampoco se ha dado la circunstancia que la justicia penal en una sentencia definitiva haya declarado que los hechos constitutivos del supuesto delito no existieron o que el sindicado no los cometió, puesto que si así hubiere sido podría pensarse que la administración ya no podría sancionar contra toda justicia; pero el auto de sobreseimiento temporal no tiene aquellos alcances.

Por consiguiente, la pretensión del actor carece de sentido y de fundamento. Si los hechos que se le imputaron no dieron lugar a la sanción de carácter penal, porque ya no podía proseguírsele otra investigación de carácter punitivo, pero que en todo caso la administración sí encontró demostrados para aplicarle el correctivo disciplinario, no puede generar un vicio que determine la nulidad del respectivo acto, si por otra parte las formalidades del caso y el debido procedimiento administrativo fueron cumplidos a cabalidad.

Los actos administrativos demandados están revestidos de una presunción de legalidad que no ha sido rota dentro de este proceso. La administración asegura que la investigación administrativa se originó en denuncias formuladas por contribuyentes contra el demandante Noreña Noreña, por solicitarles dinero a cambio de favores tributarios de la misma entidad en que éste trabajaba, y así mismo se dice en los respectivos actos que "en el curso de la investigación administrativa se encontró responsable" a dicho señor.

En este proceso nada se evidenció contra lo anterior. Tampoco se comprobó dentro de este informativo reconstruido la aseveración hecha en la demanda de que el actor estuviese amparado por la carrera administrativa.

Por las razones anteriores se impone confirmar 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 de fecha 29 de marzo de 1982 proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

COMPETENCIA DE LAS SECCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO. DEMANDA. ADMISION.

No constituye incompetencia el hecho de que la admita una de las Secciones siendo la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., seis de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 327. Actor: Occidental de Colombia Inc. y otra.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el señor apoderado principal de las sociedades demandantes en el proceso de la referencia, contra el auto del 28 de noviembre del año pasado proferido por el Consejero ponente del proceso, doctor Guillermo Benavides Melo, únicamente en cuanto dicha providencia dispuso, en su ordinal primero, declarar sin valor el auto del 19 de junio de 1986 por medio del cual fue admitida la demanda.

Antecedentes:

Las mencionadas sociedades, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, han solicitado, entre otras cosas, la nulidad de los artículos 1º a 4º del Decreto 196 del 17 de enero de 1986, emanado de los Ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público, "por ser violatorios de la Constitución y la ley y por haberse expedido con desviación de las atribuciones propias de los funcionarios que los dictaron y sin motivación real y seria".

Dicha demanda fue admitida por el citado auto del 19 de junio de 1986, el cual, además, ordenó las notificaciones y actos procesales contemplados en el artículo 207 y concordantes del Código Contencioso Administrativo. Contra este auto interpuso recurso de reposición el señor Fiscal Primero de la Corporación, con las argumentaciones de que la competencia radica en la Sección Tercera de esta Corporación, puesto que la materia de que trata la demanda es sobre "asuntos petroleros"; o bien, por cuanto la demanda tiene pretensiones cuantificables, la competencia radica en primera instancia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cuantía y por el lugar en el cual fue expedido el acto acusado. Solicita, en consecuencia, al señor

Consejero ponente, se sirva revocar el auto admisorio de la demanda y decidir enviarlo a cualquiera de las Corporaciones que corresponda.

El señor Consejero sustanciador profirió la providencia objeto del recurso de súplica, la cual es del siguiente tenor:

"Tiene razón el señor Agente del Ministerio Público, cuando afirma que el asunto materia de este proceso no es de competencia de la Sección Primera, sino de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según prescribe el Acuerdo número 1 de 1971 expedido por la Corporación. El señor apoderado de la parte actora manifiesta atenerse 'al buen juicio de los señores Magistrados sobre el tema'. En consecuencia, el Despacho, DISPONE: *Primero.* Declárase sin valor el auto de junio 19 de 1986 por medio del cual fue admitida la demanda. *Segundo.* En firme esta providencia, pase el expediente a la Sección Tercera de la Corporación".

Recurso de súplica:

El señor apoderado principal de las sociedades demandantes interpuso en término recurso de súplica contra la providencia anterior, de fecha 28 de noviembre de 1986, "a fin de que se revoque y en su lugar se declare que queda en firme el auto admisorio de la demanda, proferido por el mismo honorable Consejero ponente el 19 de junio de 1986". Y argumenta que si el señor Consejero ponente ha considerado que la competencia corresponde a la Sección Tercera, "o sea a la Sala de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de un asunto de carácter petrolero, respecto del cual es competente de manera privativa el honorable Consejo de Estado...la circunstancia de que un negocio corresponda a una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo y se reparta y se tramite por otra, no constituye causal de incompetencia de la Sección que la ha venido tramitando". Agrega: "...todas las providencias que dicte cualquiera de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo son actos de esta Sala y, en consecuencia, si ella es competente para conocer del negocio, es perfectamente válido lo actuado por cualquiera de sus Secciones, aunque según la distribución de trabajo del negocio pudiera corresponder a otra de ellas". En consecuencia, afirma lo siguiente: "Si el honorable Consejero ponente estimaba, como lo hizo en el auto del 28 de noviembre de 1986, que la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del negocio y que éste debe tramitarse por la Sección Tercera, lo único que podía hacer era decidir el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda; confirmarlo, pues admite la competencia de la Sala, y ordenar que, una vez ejecutoriado, pasara a la Sección Tercera para continuar el trámite del proceso".

Consideraciones de la Sala:

El Consejo de Estado se halla dividido en Salas o Secciones para separar las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de las demás, que le asignen la Constitución y la ley. Y dentro de sus atribuciones está la de darse su propio

reglamento (arts. 137 y 141 de la Carta). Dicho reglamento o acuerdo de la Corporación, determina la distribución de negocios entre las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, pero no fija la competencia por cuanto ésta la determina únicamente la ley; en el presente caso y en única instancia según el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Significa lo anterior que la Sección Primera de esta Corporación, como Sala de lo Contencioso Administrativo que es, tiene competencia para tomar la decisión que produjo mediante el auto del 19 de junio de 1986, o sea, haber admitido la demanda, reconocido a unos apoderados, solicitado antecedentes administrativos y ordenado notificaciones y fijación del negocio en lista por el término legal, así dicho negocio esté atribuido por el reglamento interno del Consejo a otra de sus Secciones.

En consecuencia, resulta perfectamente válido todo lo actuado en el proceso por la Sección Primera de esta Corporación, pues lo debatido no conlleva a determinar realmente el factor competencia, y por ello habrá de revocarse el artículo 1º del auto suplicado.

En cambio se mantendrá el artículo 2º de esta providencia, porque según el reparto interno de trabajo del Consejo de Estado contenido en el Acuerdo número 1 de 1971 de la misma Corporación, es su Sección Tercera la competente para conocer de asuntos mineros y petroleros.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, REVOCA el auto proferido por el señor Consejero sustanciador del proceso, de fecha 28 de noviembre de 1986, en cuanto hace relación al contenido íntegro del ordinal 1º que dispuso declarar sin valor el auto del 19 de junio de 1986 por medio del cual fue admitida la demanda y, en su lugar CONFIRMA la providencia anteriormente mencionada por ser ley del proceso.

En consecuencia, una vez ejecutoriado el auto admisorio de la demanda, envíese el expediente a la Sección Tercera de la Corporación para que allí continúe el trámite del proceso.

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos al despacho 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 tres de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado. Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Los actos administrativos pueden llegar a perder su eficacia jurídica por hechos o circunstancias posteriores a su expedición y en forma independiente a la voluntad de la administración (en el caso sub júdice *por declaración de inexequibilidad de la ley en la cual se apoyaba el acto administrativo).*

ACTO ADMINISTRATIVO. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA (art. 66 del C. C. A.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., doce de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 330. Resoluciones Ministeriales. Actor: Andrés Calle López.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y mediante apoderado judicial, el señor Andrés Calle López solicitó en demanda presentada el 20 de mayo de 1986, que con citación y audiencia del señor Presidente de la República y del señor Ministro de Justicia, así como del señor Agente del Ministerio Público, se declarare la nulidad de las Resoluciones números 334 y 46 de noviembre 18 de 1985 y febrero 12 de 1986, en su orden, expedidas por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, mediante las cuales se concedió su extradición, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos, y cuya entrega a las autoridades de ese país se aplaza hasta tanto cumpla la sanción que le fue impuesta por el Comando de la Cuarta Brigada con sede en Medellín. Como consecuencia de esas declaraciones pide se le restablezca en los siguientes derechos:

a) El de libertad de que le privó la providencia del 22 de mayo de 1984 del señor Ministro de Justicia, a solicitud de la Embajada de los Estados Unidos en Colombia;

b) El de permanecer en territorio colombiano, si a bien lo tiene, o en el de desplazarse de él, si las limitaciones provenientes de la detención preventiva solicitada por el gobierno estadounidense, así como de cualquier otro requerimiento que en ese sentido se encuentre relacionado con la entrega del señor Calle López, fundado en el Tratado de Extradición que aprobó la Ley 27 de 1980.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

1. Mediante nota verbal número 286 del 15 de mayo de 1984, la Embajada de los Estados Unidos de América solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia la detención provisional del señor Andrés Calle López conforme el artículo 11 del tratado de extradición suscrito por ambos países.

2. En providencia del 22 de mayo de 1984 el señor Ministro de Justicia ordenó la detención provisional con fines de extradición del actor, por los cargos que en la nota se indican.

3. Con nota verbal 722 del 20 de septiembre de 1984, la Embajada de los Estados Unidos solicitó al Gobierno Nacional la extradición del demandante por ser el sujeto del auto de llamamiento a juicio número 83-142-PHX de septiembre 15 de 1983 en la Corte de los Estados Unidos para el Distrito de Phoenix en el Estado de Arizona acusado por asociación para importar cocaína, en violación del Título 21, Sección 963 del Código de los Estados Unidos y por la asociación para poseer cocaína con la intención de distribuirla, en violación del Título 21, Sección 845 del mismo Código. Una orden de detención contra el mismo Calle fue expedida el 15 de septiembre de 1983, por auto de la misma Corte.

4. Con la nota mencionada antes la Embajada adjuntó una serie de documentos para fundamentar la petición de extradición, pero se omitió adjuntar el texto en inglés y la correspondiente traducción al idioma español de otros documentos y pruebas fehacientes verbigracia sobre la identidad de la persona reclamada al amparo del tratado y las que según las leyes del Estado requerido constituyan motivo fundado para afirmar que la persona reclamada ha cometido el delito por el que se solicita la extradición. Con estas graves omisiones tanto el Gobierno de los Estados Unidos como el de Colombia, violaron el tratado de extradición y las normas superiores que se indican en el libelo.

5. El Ministerio de Justicia omitió examinar detenidamente la documentación anexa al requerimiento de extradición del señor Calle López y no solicitó al Estado requirente los documentos faltantes, y con violación del artículo 10 de la Ley 27 de 1980 y del artículo 744 del Código de Procedimiento Penal resolvió enviar a la Corte Suprema de Justicia esa incompleta documentación.

6. El 9 de julio de 1985 la Corte Suprema (Sala Penal) emitió el concepto favorable número 63 respecto a la extradición del demandante.

7. El Gobierno americano no formula la extradición del señor Calle por el delito de narcotráfico o conducta punible tipificada en el Decreto 1188 de 1974 como erróneamente se afirma en las resoluciones acusadas, sino por el delito de "CONJURA", figura exótica a nuestro ordenamiento punitivo y que se concreta en la acusación del Gran Jurado del Distrito de Arizona en el auto de cargos, en la forma allí indicada.

En la demanda se indicaron las disposiciones violadas por los actos acusados y se explicó con toda amplitud el concepto de la violación.

Mediante providencia del 6 de junio de 1986 se admitió la demanda y se dispuso la tramitación que en ley le correspondía. Contra

dicha providencia el señor Fiscal Primero del Consejo interpuso recurso de reposición pues en su opinión esta Corporación no era competente para conocer y decidir en única instancia la acción instaurada por mediar una pretensión por cuantía y territorialmente por el lugar en que fueron expedidos los actos. El suscrito Consejero no repuso el auto cuestionado, e interpuesto contra esta decisión el recurso de súplica la Sala de Decisión lo declaró improcedente. Así mismo, el señor Ministro de Justicia se constituyó como parte impugnadora en el proceso por conducto de apoderado. Las pruebas solicitadas por las partes fueron practicadas en su oportunidad y al surtirse los traslados para alegar, las partes hicieron uso de tal derecho y el señor Agente del Ministerio Público emitió su concepto de fondo pidiendo fueran negadas las súplicas de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

El señor apoderado del actor Andrés Calle López en el alegato que ha presentado al descorrer el traslado que para el efecto se le hizo, reitera su petición de nulidad de los actos demandados y plantea en esta oportunidad su inquietud en torno a la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 27 de 1980, aprobatoria del tratado de extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos, hecha por la Corte Suprema de Justicia el 12 de noviembre de 1980. Esa declaratoria significa en opinión del señor apoderado, que en el momento de aplicación del tratado en el caso presente no estaba incorporado al derecho interno, puesto que la ley que le servía de sustento era inconstitucional y así fue declarado por la Corte, lo que significa que el decreto de extradición fue ilegal y contrario a la Constitución. Y agrega:

"Es cierto que la ley inexequible en comento trató de ser reproducida horas después de su declaratoria de inconstitucionalidad, por la Ley 68 de 1986, pretendiéndose de esta manera incorporar al derecho interno el tratado de extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos. Pero esa Ley 68 no convalida las resoluciones atacadas, porque a su vez es inconstitucional o, por lo menos, no se halla vigente y si lo estuviera tampoco tendría el poder de legalizar las resoluciones de extradición, por los siguientes motivos:

"a) Hay solución de continuidad entre la Ley 27 de 1980 y la Ley 68 de 1986 que pretendió sustituirla;

"b) La nueva Ley 68 es contraria a la Carta, porque no recibió el trámite en ella previsto para la aprobación de una ley en la República de Colombia. Se ha pretendido considerar que el trámite legislativo que se operó respecto de la Ley 27 puede servir para la Ley 68, por tratarse del mismo tema. Pero esto no es así, ya que la carta no indica excepciones para que un proyecto de ley, en ese caso aprobatorio de un tratado, se convierta en ley del país. Este trámite no lo sufrió la pretendida Ley 68 de 1986, el establecido en el artículo 81 de la Carta;

"c) Pero si lo anterior no fuese cierto, es decir, que esa ley no hubiera necesitado de trámite legislativo en el Congreso de la República para su aprobación, además por las razones anotadas, tampoco se podría aplicar para convalidar las resoluciones que se dictaron con

fundamento en una ley que no puede producir efectos jurídicos, por haber sido declarada inexequible. Estas nuevas razones es que esa ley de todas maneras no está vigente, porque no se han cumplido los requisitos de que habla su artículo 2º que a la letra dice:

"'Esta ley entrará en vigencia una vez cumplidos los requisitos establecidos en la Ley 7ª del 30 de noviembre de 1944, en relación con el tratado que por esta misma ley se aprueba'".

Las razones expuestas por el señor apoderado del actor son valederas, más aún ahora cuando la Ley 68 de 1986 a su turno, fue declarada inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 25 de junio de 1987 por vicios en su formación o trámite como profusamente se dio a conocer del país, siendo por ello un hecho notorio.

Así como el artículo 9º del Código Civil expresa que "la ignorancia de la ley no sirve de excusa", esto es, que su ignorancia no puede alegarse para excusarse de cumplirla, a *contrario sensu*, no puede alegarse tampoco la ignorancia de su decaimiento, de su desaparición del escenario jurídico, para cumplirla.

Fuera de lo anterior, conforme el inciso 2º del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 168 del Código Contencioso Administrativo, "los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Es un hecho notorio suficientemente conocido, que la honorable Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 12 de diciembre de 1986, declaró inexequible la Ley 27 de 1980, por medio de la cual se aprobaba el Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado el 14 de septiembre de 1979; y que esa ley por disposición del Ejecutivo Nacional vino a ser sustituida por la Ley 68 de 1986, la que a su turno, el día 25 de junio de 1987 fue declarada inexequible por la honorable Corte por vicios en su formación o trámite, conforme se lee, entre otras publicaciones oficiales, en el "Boletín Informativo" de la Procuraduría General de la Nación número 4, páginas 44 y siguientes.

El artículo 66 del Código Contencioso Administrativo dice:

"*Pérdida de fuerza ejecutoria.* Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

".....

"2º Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho".

Según la disposición transcrita, los actos administrativos pueden llegar a perder su eficacia jurídica por hechos o circunstancias posteriores a su expedición y en forma independiente a la voluntad de la administración. Esto es lo que los tratadistas han denominado "decaimiento del acto" o forma de extinción de los actos administrativos,

que puede producirse como ha ocurrido aquí, por haber desaparecido del mundo jurídico en virtud de la declaratoria de inexequibilidad hecha por la Corte Suprema de Justicia, las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, disposiciones específicamente la Ley 27 de 1980, que sirvieron de fundamento a los actos administrativos que aquí se acusaron y mediante los cuales se dispuso la extradición del señor Andrés Calle López solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos.

Por manera que las decisiones tomadas por la Corte, obviamente que producen situaciones jurídicas nuevas en este proceso que obligan a dejar sin efectos las Resoluciones números 334 y 46 de noviembre 18 de 1985 y 12 de febrero de 1986, respectivamente, proferidas por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, autorizando la extradición del señor Andrés Calle López.

Consecuencialmente, como el artículo 66 del Decreto 01 de 1984 según se ha visto, prevé la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos, "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho", y en el caso de autos han desaparecido los fundamentos de derecho que servían de sustento a las resoluciones ejecutivas que concedieron la extradición del actor, es procedente con arreglo a la disposición en cita, declarar que no son obligatorias y, consecuencialmente, el Gobierno no puede ejecutarlas.

Además, no sobra advertir, que la extradición del señor Calle López no ha tenido operancia en la práctica, por cuanto ella fue aplazada en los mismos actos enjuiciados, hasta cuando aquél cumpliera la pena de dos años de prisión que le fue impuesta por el Comando de la Cuarta Brigada y el Tribunal Superior Militar por infracciones al artículo 202 del Código Penal, el 1º de agosto de 1986.

Y en razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto Fiscal y en desacuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º *Por haber perdido su fuerza ejecutoria* las Resoluciones números 334 y 46 expedidas los días 18 de noviembre de 1985 y 12 de febrero de 1986, en su orden, por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, resoluciones por medio de las cuales se concedió la extradición del señor Andrés Calle López solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos, no son obligatorias y, consecuencialmente, el Gobierno no puede ejecutarlas.

2º Como consecuencia de lo anterior, quedan sin vigencia algunas órdenes de captura que para fines de extradición se hubieren librado contra el señor Andrés Calle López.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 11 de septiembre de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

1. Prohibiciones (numeral 1 del art. 41 del Decreto 2351 de 1965).

2. POLICIA LABORAL. Les atribuye competencias para la vigilancia del cumplimiento de las normas legales y convencionales de carácter laboral (Decreto 062 de 1976).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 2426. Resoluciones Ministeriales. Actora: Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, pidió se suspendan provisionalmente los efectos de las Resoluciones 54 y 130 de 1986, expedidas por la Sección de Visitaduría de Trabajo del Ministerio del ramo y la número 41 del mismo año emitida por la División de Inspección del Trabajo de la misma cartera ministerial.

La demanda se sustentó así:

"*Suspensión provisional.*

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, solicito se suspendan las Resoluciones mencionadas hasta tanto se profiera sentencia definitiva por ese Despacho, en razón a que se violó *prima facie* el artículo 41 del Decreto-ley 2351 de 1965, el cual prohíbe a los funcionarios del Ministerio de Trabajo definir derechos en conflictos jurídicos que son de competencia de la justicia laboral según el artículo 2º del Código Procesal Laboral" (fl. 18).

Los actos acusados conminaron a la empresa demandante, bajo apremio de multa, para que cumpliera con el artículo 31 literal d) de la Convención Colectiva de Trabajo.

Para resolver se considera:

Como quedó transcrito, la parte demandante considera que los actos acusados quebrantaron la norma del numeral 1 del artículo 41 del Decreto 2351 de 1965, que impide a los funcionarios allí indicados "...declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores".

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo establece que la suspensión provisional, tratándose de la acción de restablecimiento del derecho, procede cuando haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas y aparezca comprobado, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor.

Efectuada la sencilla comparación entre los actos acusados y la norma presuntamente violada no se advierte la manifiesta violación que afirma la parte actora.

En efecto, la amenaza de una sanción con multa si no se cumple una norma laboral, en este caso convencional, no se puede reputar, *prima facie*, como una declaración de derechos individuales ni la definición de una controversia cuya decisión está atribuida a los jueces, sino como, una medida de policía laboral, prevista en la ley que atribuye competencia para la vigilancia del cumplimiento de las normas legales y convencionales de carácter laboral, a los funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Decreto 062 de 1976).

Por ejemplo, este decreto establece, en su artículo 21, que son funciones de la División de Inspección del Trabajo, "sancionar a quienes violen las normas legales, convencionales o arbitrales" (literal g).

Consecuentemente, la suspensión provisional solicitada no puede prosperar.

En mérito de lo dicho se dispone:

1º Niégase la suspensión provisional solicitada.

2º Admítese la demanda presentada por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

3º Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al Presidente del Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y por estado.

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.

Cópiese y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

DERECHOS ADQUIRIDOS. INSTITUTOS DOCENTES. TEMPORALIDAD DE CUALQUIER AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO, condicionado a la observancia de todos los requisitos bajo los cuales haya sido otorgada y, por consiguiente, dicha autorización resulta ser inminentemente revocable, cuando cualquiera de aquellos requisitos dejen de cumplirse conforme al compromiso legal adquirido por el beneficiario del permiso o autorización.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 64. Actor: Colegio "Eymard".

Procede la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa a resolver definitivamente sobre la demanda de la referencia.

1. Antecedentes:

El colegio "Eymard", plantel educativo situado en la ciudad de Bogotá demandó, en acción de plena jurisdicción (junio 30 de 1983), la Resolución número 3651 del mismo año, expedida por el Ministerio de Educación Nacional y por medio de la cual fueron aprobados hasta el año de 1983, inclusive, los estudios correspondientes a los grados sexto a noveno del nivel de educación básica secundaria, y décimo a undécimo del nivel de educación media vocacional en el mencionado plantel, y se ordenó aplicar "las acciones correctivas necesarias y solicitar al Ministerio el servicio de asesoría y orientación pertinente con el objeto de modificar la situación deficiente identificada", así como tener en cuenta otras disposiciones legales.

2. Los cargos:

Considera el actor que habiendo sido aprobado el colegio "Eymard" por Resolución número 9473 de 1976 expedida por el mismo Ministerio, sin limitación de tiempo, el acto acusado no podía dictarse y debió notificarse a los interesados, cuestión esta última que no se hizo. todo lo cual condujo a que la administración incurriera en las siguientes transgresiones de normas superiores, cuyo estudio se hará a continuación:

2.1. Violación de los artículos 74 y 75 del Código Contencioso Administrativo. Afirma el actor que la Resolución materia del proceso no fue notificada conforme a los textos citados. Al respecto cabe

anotar que los artículos 74 y 75 del Código Contencioso Administrativo fueron sustituidos por los artículos 10 y 11 del Decreto-ley 2733 de 1959. Por otra parte, como lo recuerda en su concepto el señor Agente del Ministerio Público, la falta o error en la notificación de los actos administrativos no genera la nulidad de estos sino imposibilidad de aplicarlos u oponerlos, de donde se deduce que no es oportuno proponer acción como la instaurada ni, en consecuencia, pronunciarse sobre la misma. Por tanto, se desecha el cargo.

2.2. Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Hace consistir la actora esta acusación en el hecho de no haber sido derogada la Resolución 9473 de 1976 mediante el acto acusado, y parece desprenderse del texto de la demanda que, según ella, tal derogatoria debe ser expresa, porque afirma: "La Resolución número 3651 (marzo 17 de 1983) del Ministerio de Educación Nacional no se ajustó a las leyes preexistentes al acto' en cuanto que no derogó la Resolución anterior tal como lo establece el parágrafo del artículo 23 del Decreto ejecutivo nacional número 1543 (27 de julio de 1978) sobre licencia de funcionamiento, aprobación de estudios e inscripción de los colegios..." (fl. 3).

Ni el texto invocado por el demandante ni otro alguno del Decreto 1543 de 1978 efectivamente aplicable a este caso, disponen que un acto administrativo como el demandado deba incluir expresamente la derogatoria de otro igual en jerarquía, lo que hace predicable aquí la teoría de la derogatoria o modificación de las normas anteriores a través de una manifestación tácita de voluntad administrativa, que fue lo que en verdad ocurrió. Por consiguiente, tampoco prospera el cargo.

2.3. Violación del artículo 30 de la Constitución Nacional. Dice la demanda: "La aprobación sin límites de tiempo es un derecho que el colegio 'Eymard' adquirió con justo título y con arreglo a las leyes civiles, según la Resolución número 9473 (noviembre 2 de 1976) del Ministerio de Educación Nacional; mal podía por consiguiente la Resolución demandada reducir a un año un derecho adquirido como es la aprobación indefinida" (fl. 3).

Sin necesidad de adentrarse en el planteamiento teórico y doctrinario de la existencia o no de derechos adquiridos frente al Estado o sus limitaciones evidentes en el terreno del derecho público, es necesario tener en cuenta el siguiente principio deducido de la Constitución y de las leyes: La dirección, inspección y vigilancia que ejerce el Estado sobre los institutos docentes, supone de manera necesaria la temporalidad de cualquier autorización de funcionamiento, condicionada a la observancia de todos los requisitos bajo los cuales haya sido otorgada y, por consiguiente, dicha autorización resulta ser eminentemente revocable, cuando cualquiera de aquellos requisitos o condiciones dejen de cumplirse conforme al compromiso legal adquirido por el beneficiario del permiso o autorización. Sería francamente absurdo suponer que porque en un determinado momento un instituto docente cumple las exigencias que le permiten al Estado otorgarle una licencia de funcionamiento, ésta resulta amparando a la persona privada por siempre, aun cuando con posterioridad al hecho del permiso incumpla todas las obligaciones que adquirió para obtenerlo.

Lo obvio es entender que la autorización tendrá vigencia mientras las obligaciones adquiridas se observen y siempre estará pendiente esa especie de condición resolutoria de la licencia, en caso de no cumplirse por el permisionario alguno de los gravámenes que en beneficio de la sociedad y de los educandos se le impone en el acto administrativo por medio del cual se autoriza el funcionamiento del plantel. Tampoco puede decirse que esa autorización crea una situación particular irrevocable directamente por la administración, al amparo de normas como la contenida en el artículo 73 del actual Código Contencioso Administrativo, que reproduce el artículo 24 del Decreto ley 2733 de 1959, vigente en la época a que se refiere este proceso. Por ello dijo el Consejo en un caso jurídicamente similar a éste:

"Si se observa la naturaleza del visto bueno otorgado por la Federación, se encuentra que dicho acto no crea ninguna situación jurídica de carácter particular y concreto, ni reconoce un derecho de igual categoría, de aquellos a que se refiere el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo. La verdad es que ese acto de la Federación Nacional de Cafeteros envuelve una condición resolutoria figura que no por venir del derecho privado deja de tener fisonomía y aplicación en el derecho administrativo. En efecto, el visto bueno que permite la inscripción en el registro de exportadores de café en el Incomex, ha de suponer... que el solicitante acreditó sus calidades como exportador y que, una vez inscrito, las mantiene y por ello puede continuar siendo exportador. Mas cuando desmerece como tal, según lo establecido por la Federación, se cumple la condición resolutoria que quita el fundamento al visto bueno; de donde puede válidamente deducirse que éste constituye un acto con vigencia sometida a la satisfacción continua de los requisitos que sirvieron de base para su expedición" (Sección Primera, auto, noviembre 14 de 1986, Expediente número 49, Ponente doctor Guillermo Benavides).

De manera que, de conformidad con lo anotado anteriormente puede el Estado a través de las facultades de inspección, vigilancia y dirección que ejerce la Rama Ejecutivo del Poder, variar las condiciones del otorgamiento de un permiso como el concedido por la Resolución número 9476 de 1976.

Las precedentes afirmaciones, fundamentadas en la Constitución Nacional, encuentran cabal aplicación precisamente en el Decreto 1542 de 1978 que el actor considera violado por la Resolución materia de acusación en este proceso. En efecto, allí se dice:

"La vista de aprobación de estudios será practicada por una comisión de inspectores (supervisores) debidamente autorizados por el Ministerio de Educación Nacional a través de la Dirección General de Administración e Inspección Educativa. En las visitas se comprobará el cumplimiento de las normas vigentes sobre aspectos educativos y administrativos de acuerdo con el procedimiento que se adopte para tal fin" (art. 19).

"La aprobación de estudios de un establecimiento educativo será expedida por el Ministerio de Educación Nacional mediante resolución motivada con base en el análisis de los resultados de la visita. En la resolución se hará referencia concreta al nivel, grados, tipos y modalidades que se aprueban" (art. 20).

"La aprobación de estudios se concederá por 'tiempo limitado' o 'hasta nueva visita' " (art. 21, inciso 1º).

Ahora bien: El Ministerio de Educación, en ejercicio de las atribuciones que le corresponden, de oficio, efectuó la evaluación institucional del colegio "Eymard", apoyándose, según se afirma, en mandato constitucional (arts. 41 y 120) "y por la función que le corresponde a la Dirección General de Administración e Inspección Educativa según los artículos 30 y 31 del Decreto 088 de 1976 y conforme al artículo 19 del Decreto 1543 de 1978, durante los días 23, 24 y 25 de agosto de 1982" (fl. 161). Dicha visita fue consignada con detalle en el Acta número 3, radicada bajo el número 3287 (fls. 89 a 161) que, firmada por la comisión de supervisión, también lo fue por el Rector Director y por la Secretaria del plantel educativo, sin que hubieran consignado en aquel documento observación u objeción alguna, pudiendo haberlo hecho (fl. 161). Adicionalmente, los funcionarios del Ministerio llevaron a cabo la "supervisión de situaciones de aprendizaje" en relación con los docentes Luis A. Tolosa U. (Area, comportamiento y salud), Alvaro Villanueva (Area, sociales) e Ilce del Pilar Castro (?) Castro (Area, ciencias naturales).

De toda la investigación contenida en la visita, el Ministerio hizo un análisis y estampó como conclusiones finales las siguientes, en cuanto al funcionamiento del colegio "Eymard", frente a los siguientes 'Componentes":

a) Objetivos: 1. Formulación = Aceptable. 2. Factibilidad = Aceptable. 3. Funcionalidad = Aceptable;

b) Recursos Físicos: 4. Funcionalidad = Aceptable. 5. Dotación = Regular. 6. Mantenimiento = Bueno;

c) Recursos Humanos: 6. Mantenimiento = Bueno. 8. Desempeño Profesional = Regular;

d) Recursos Financieros: 6. Mantenimiento = Bueno. 7. Idoneidad = Buena;

e) Operación Administrativa: 11. Funcionalidad = Buena;

f) Operación Aprendizaje: Funcionalidad = Regular;

g) Operación Financiera: 12. Destinación = Buena. 13. Funcionalidad = Aceptable;

h) Resultados: *No son del todo satisfactorios*;

i) Observaciones: Concederle aprobación en estudios hasta 1983" (fl. 170).

Ese "análisis de la evaluación institucional" encuentra su fundamento en las observancias parciales hechas a través de la visita y que fueron consignadas como deficientes (no para todos los aspectos que cubrió la inspección), así:

I. Identificación y situación legal de la institución.

A. Datos Generales.

5. Distribución anual y diaria del tiempo escolar.

"No existe permiso del Ministerio de Educación para funciona miento en jornada continua; se presume que desde 1972 viene funcio nando con tales jornadas" (fl. 93).

IV. Análisis de Procesos.

B. Operación de Aprendizaje.

"El área de biológicas está a cargo de una profesora con sufi ciente formación y capacidad; en el curso primero no se han logrado los suficientes objetivos y el aprendizaje se enfoca hacia el conoci miento de la materia; debe mejorarse la metodología. El área de sociales está dirigida por dos profesores licenciados en esta área y se desenvuelven con suficiente capacidad y dominio. Para que el cambio de profesor no incida en lo que se propone cada signatura, el apren dizaje de estas debe estar técnicamente programado y planificado para que el nuevo profesor siga las directrices trazadas por su antecesor" (fls. 154 y 155).

En la supervisión de la situación de aprendizaje (sociales) se lee el siguiente juicio evaluativo: "El proceso metodológico y didáctico se cumplió en gran parte aunque se evidencian fallas en la conducción de aprendizaje" (fl. 165). Y en la de ciencias naturales afirmó el visitador "En el curso primero los alumnos necesitan requisitos matemáticos para comprender las ciencias naturales; aunque tienen suficientes conc cimientos teóricos de estas, se les dificulta el uso lógico. En este curso debe proscribirse el dictado. En cuanto al curso cuarto el trabajo d grupo debe orientarse a resolver problemas biológicos antes que sinte tizar conocimientos del texto. El desarrollo de los programas está má o menos acorde con el tiempo transcurrido pero las actividades prác ticas son escasas" (fl. 167).

Las anteriores fueron las observaciones que podrían calificars como negativas a través de la visita practicada al colegio "Eymard" En los demás aspectos relacionados con la identificación y situació legal de la institución, los análisis de objetivos, de recursos, de pro cesos y de resultados, el acta a que se ha hecho mención, consigna e cumplimiento de los requisitos exigidos, por parte del plantel. Per precisamente porque, según el Ministerio, aquellas fallas señalada anteriormente hacían necesarias "acciones correctivas", en ejercici de las atribuciones de que trata el inciso 1º del artículo 21 del Decret 1543 de 1978, fue expedida la Resolución número 3651 de 1983, qu contiene una aprobación de estudios por tiempo limitado, como dic su texto, con el objeto de que en el plazo señalado (el año de 1983 fueran corregidas las deficiencias. Así se lo expresó de manera direct al colegio, la Circular número 10 sin fecha, remitida por el Directo General de Administración e Inspección Educativa, quien luego d manifestar su interés para que el establecimiento educativo dier "cumplimiento a las acciones correctivas consignadas, de comú acuerdo, entre la Comisión de Supervisores y usted (la Rectora) com representante legal de dicha institución, con el fin de solucionar la deficiencias encontradas", pasa a indicar concretamente:

"Las acciones correctivas son:

—Independizar los laboratorios de química y física e incrementar la dotación para este último.

—Emplear mecanismos adecuados para que la permanencia de los profesores sea mayor en el colegio.

—Poner en práctica las acciones correctivas formuladas en el subcomponente 'Operación de Aprendizaje' " (fls. 87 y 88).

Las pruebas aportadas al proceso demuestran, pues, que resultaba necesario corregir algunas fallas en el funcionamiento del colegio autor de la demanda; y que el Ministerio obró con prudencia y acierto al conceder una aprobación de funcionamiento "por tiempo limitado", procurando así, por una parte, salvaguardar los intereses de la educación, y por otra, dar oportunidad al establecimiento docente para enmendar en plazo prudencial las deficiencias, todo de conformidad con claros preceptos constitucionales y legales que otorgan al Estado una facultad de intervención con finalidades de la mayor importancia en beneficio de la comunidad, como son aquellas dirigidas a mejorar el nivel cultural y educacional de los habitantes. En consecuencia, deberá desecharse también este tercer cargo.

2.4. Denuncia Penal. Dice el apoderado de la actora en su alegato de conclusión: "Como la afirmación sustentada por la parte impugnadora (fl. 108 de su escrito) así como los considerandos de la Resolución demandada son *falsos* porque contradicen lo consignado en el acta de visita según lo demostrado anteriormente y esto constituye un delito enmarcado dentro del Título VI de nuestra ordenación penal, Capítulo Tercero, artículo 219, Falsedad ideológica en documento público, solicito se compulse copias de lo pertinente y se envíe al Juzgado de Instrucción (Reparto) para su correspondiente investigación y condigna sanción de conformidad con lo preceptuado por el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal".

No encuentra el Consejo de Estado que la afirmación anterior halle fundamento en el expediente como para disponer oficiosamente su pedido. Mas como es derecho ciudadano formular las denuncias penales, se ordenará a costa del peticionario expedir las copias para que él mismo formule las quejas o denuncias que considere pertinentes.

De conformidad con 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. Niéganse las peticiones de la demanda.

Segundo. A costa de la parte actora expídanse por la Secretaría tendas copias del acto acusado y del escrito O. J. de 15 de marzo de 984 de la apoderada del Ministerio de Educación, y que corren a folios 21 y siguientes, y 84 del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. CONTROL NUMERICO DENTRO DEL PROCESO DE DESPACHO DE "MERCANCIAS" (Decreto 2660 de 1984, art. 24).

SUSPENSION PROVISIONAL EN ACCIONES DE NULIDAD. (Reiteración jurisprudencial).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor Nelson Zuluaga Ramírez. Auxiliar.

Referencia: Expediente número 690. Actor: Rafael Rodríguez Calle.

El ciudadano colombiano Rafael Rodríguez, obrando en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, solicita se declare la nulidad del Capítulo VII, del "Manual de Control Fiscal Específico número 65 para el ejercicio del control fiscal en la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público", adoptado por la Resolución orgánica de la Contraloría General de la República número 011943 del 20 de marzo de 1987.

La demanda reúne los requisitos formales y por ello será admitida. Y como en escrito separado se solicita y sustenta la suspensión provisional del acto acusado, se procede a decidir al respecto, previas las siguientes

Consideraciones:

Como lo prescribe el inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, procede la suspensión provisional, en acciones de nulidad, donde quiera que exista manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación. Como reiteradamente lo ha puntualizado la jurisprudencia de esta Sección, el quebranto legal, en este evento, debe ser apreciable al primer golpe de vista, sin necesidad de disquisiciones profundas o de estudio pormenorizado del acto acusado o de las normas que se citan como infringidas.

Para efectos de la medida impetrada, denuncia el actor, en primer término, la manifiesta violación del inciso 2º del artículo 59 de la Constitución Nacional, por cuanto "en el acto demandado se está disponiendo un Control Fiscal que implica, por parte de la Contra-

loría General de la República, funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, ya que la función de almacenamiento, manejo y custodia de mercancías objeto de comercio exterior, es una función administrativa, típicamente aduanera y, la intromisión de la Contraloría en esa función lejos de ser control fiscal, resulta una coadministración que pugna con el ordinal 2º del artículo 59 de la Constitución Nacional, que limita las funciones administrativas de la Contraloría a las inherentes a su propia organización".

"Todo el capítulo demandado implica no un control fiscal sino la realización de una función aduanera de almacenamiento de mercancías"

Dice por último que existe igualmente "violación del artículo 24 del Decreto 2666 de 1984, por los siguientes motivos:

"Esta norma limita la intervención de la Contraloría General de la República, en asuntos aduaneros, al control numérico de la liquidación y, en los apartes de la resolución demandada, el control de la Contraloría se extiende al almacenaje de mercancías que desde ningún punto de vista es liquidación de impuestos".

El Capítulo VII del Manual de Control Fiscal en estudio tiene como Título el de "ALMACENAMIENTO DE MERCANCIAS" y expresa en su encabezamiento: "El control fiscal en el almacenamiento, manejo y custodia de las mercancías objeto de comercio exterior en los depósitos temporales, de aduanas, zonas francas y de provisiones de abordo para consumo y para llevar, lo ejercerá la Auditoría Fiscal ante la respectiva Administración de Aduanas, en cuanto a la entrada, existencia y salida de mercancía". Y al estatuirse sobre los "procedimientos de control fiscal" respecto de estos tres aspectos, dice en el literal a) del artículo "Entradas": "Verifique que la mercancía que entra a los depósitos sea la misma que se encuentra relacionada en la guía o conocimiento de embarque, sobordo y planilla de carga en cuanto a embalaje y estado de las mismas". Dice el literal a) acerca de las "existencias": "Practique por lo menos una vez al mes pruebas selectivas de las mercancías en existencia..." Y el literal a) sobre "Salidas": "Compruebe que la mercancía entregada sea la contemplada en cuanto a cantidad de embalaje en los documentos que autorizan el levante debidamente tramitados tanto administrativos como fiscalmente". De similar contenido son los restantes literales de los aludidos subtítulos. La lectura de los literales transcritos no permite determinar *prima facie* que en el acto acusado la Contraloría General de la República pretenda inmiscuirse en cuestiones estrictamente administrativas, como serían por ejemplo la forma como debe llevarse a cabo el almacenamiento de las mercancías, métodos técnicos de conservación, etc. Por el contrario, lo que evidencia el contenido de las disposiciones transcritas es la intención de controlar y constatar adecuadamente la existencia física de las mercancías a fin de que de ellas no se de un uso o utilización contrario a su destinación, labor que, de entrada encajaría dentro de las funciones que la ley y la Constitución han asignado a la Contraloría General de la República de velar por la utilización, dentro de los cauces legales, del patrimonio fiscal. Debe pues concluirse que, en lo que respecta al primer aspecto en estudio no se observa por parte alguna la manifiesta violación de norma superior.

En cuanto al quebranto ostensible del artículo 24 del Decreto 2666 de 1984 se tiene que esta norma es del siguiente tenor: "La actuación de la Contraloría General de la República, *dentro del proceso de despacho de mercancías*, se limitará al control numérico de la liquidación, de conformidad con las normas sobre la materia" (Subraya la Sala). Como se aprecia sin dificultad alguna, esta disposición se refiere exclusivamente a una fase de la actividad de la Aduana, la del proceso de despacho de las mercancías. No prescribe por consiguiente esta norma, como equivocadamente lo plantea el actor que, en todos "los asuntos aduaneros", la intervención de la Contraloría esté limitada al mero "control numérico de la liquidación". Lo que dice el artículo es que la Contraloría intervendrá en la forma indicada dentro del proceso de despacho de las mercancías, situación bien distinta a la contemplada en el acto acusado. Tampoco se da aquí por consiguiente la violación flagrante pretendida, lo que impone negar la medida en estudio.

Por lo anteriormente expuesto *se resuelve:*

1º *Admítese* la demanda formulada por el ciudadano Rafael Rodríguez Calle contra el acto administrativo de que da razón la parte considerativa de esta providencia, originario de la Contraloría General de la República. Para efectos de su tramitación se dispone:

a) Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Contralor General de la República;

b) Notifíquese al Agente del Ministerio Público;

c) Fíjese el negocio en lista por el término de diez días (10) días, para los fines del ordinal 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

2º *Niégase* la suspensión provisional del acto acusado.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO IV

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE RESOLUCIONES MINISTERIALES Y DE OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

LICENCIAS PARA ESTACIONES DE RADIODIFUSION SONORA EN FRECUENCIA MODULADA (F. M.). PRIMERA Y SEGUNDA CLASE (Suspensión provisional).

Regulación por el Decreto 1757 de 1982 (17 de julio) proferido por el Gobierno Nacional.

Decrétase la suspensión provisional del artículo 3º de la Resolución número 1634 de 1986 (21 de abril), proferida por el Ministerio de Comunicaciones, en la parte que le asigna frecuencias a emisoras de la clase tercera en canales de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F. M.) en la zona que comprende el Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 519. Actor: Ciro Alfonso Gómez Rodríguez.

El actor de la referencia, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se declare la nulidad del artículo 3º de la Resolución número 1634 de 1986 (21 de abril), proferida por el Ministerio de Comunicaciones, "en la parte que asigna frecuencias para emisoras de la clase tercera, en canales de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F. M.), en la zona que comprende el Distrito Especial de Bogotá".

Igualmente, solicita el actor que se decrete la suspensión provisional de la parte acusada de la norma anteriormente descrita.

En atención a que la demanda reúne los requisitos y formalidades legales, y que para su conocimento es competente esta Corporación, será admitida.

Suspensión provisional:

Considera el actor que la norma demandada, cuya suspensión provisional se solicita, no podía asignar frecuencias de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F. M.) para ser explotadas por estaciones de *clase tercera* en la zona número 1 que comprende el Distrito Especial de Bogotá, por cuanto se quebrantó, al hacerlo, normas de carácter superior.

En efecto, el Decreto 1757 de 1982 (17 de julio), proferida por el Gobierno Nacional, es decir, por el señor Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones, dispone en su artículo 3º, numeral 2, literal e), lo siguiente:

"El artículo 128 del Decreto número 2005 de 1975, quedará así:

"La expedición de licencias para estaciones de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F. M.) se hará teniendo en cuenta el número de habitantes de los municipios y el carácter de la estación según su programación, así:

".....;

"e) En los municipios con población superior a dos millones (2.000.000.00) de habitantes podrán funcionar hasta dieciséis (16) estaciones y *únicamente de primera o segunda clase*" (subrayas de la Sala).

En consecuencia, anota el demandante, la Resolución 1634 de 1986 (acto acusado) proferida con la sola firma de la señora Ministra de Comunicaciones, es violatoria del Decreto 1757 de 1982 (norma de carácter superior) por cuanto crea, a pesar de la prohibición de éste, canales para emisoras de tercera clase en la zona número 1 que comprende el Distrito Especial de Bogotá, el cual sobrepasa estadísticamente los dos millones de habitantes.

La sola consideración anterior basta para concluir que la Resolución acusada incurrió, en lo pertinente, en la transgresión evidente del Decreto 1757 de 1982, al crear canales para emisoras de tercera clase, expresamente prohibidas, en esta norma de carácter superior, para municipios con población superior a dos millones de habitantes.

En consecuencia, procede la suspensión provisional solicitada y sustentada de manera expresa en la demanda, pues a través de lo expuesto se observa que en la presente acción de nulidad existe manifiesta violación de la norma de carácter superior anteriormente anotada, tal como para ello lo exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo anterior, se resuelve:

1º Admítese, en lo pertinente, la demanda de nulidad formulada contra la Resolución número 1634 de 1986 (21 de abril), proferida por el Ministerio de Comunicaciones.

En consecuencia se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese igualmente en forma personal este proveído al señor Ministro de Comunicaciones, como representante de la parte demandada en este proceso;

c) Fíjese este asunto en lista por el término de diez días para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

d) Solicítese por secretaría al Ministerio de Comunicaciones los antecedentes administrativos de la resolución demandada.

2º Decrétase la suspensión provisional del artículo 3º de la Resolución número 1634 de 1986 (21 de abril), proferida por el Ministerio de Comunicaciones, en la parte que le asigna frecuencias a emisoras de la clase tercera, en canales de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (F. M.), en la zona que comprende el Distrito Especial de Bogotá.

Notifíquese.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO V

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

BANCO DE LA REPUBLICA (Nulidad).

1. Hasta el año de 1968, la figura de ESTABLECIMIENTO PUBLICO en Colombia no estaba claramente definida en sus perfiles jurídicos, en forma tal que podía acomodarse en ella a cualquier tipo de persona de las de los entes territoriales, sin que importara en ese entonces los fines que se había propuesto la ley al crearlos.

2. La sola INTERVENCION DEL GOBIERNO EN UNA EMPRESA O ENTIDAD, no puede servir de base o indicio suficiente para concluir que la misma admite un carácter de establecimiento público o como empresa industrial o comercial del Estado, pero ni siquiera como sociedad de economía mixta. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. CARACTERISTICAS. Definición legal.

3. Naturaleza del Banco de la República: Ente de Derecho Público Económico (Decreto 0386 de 1982). No le es aplicable el régimen de las entidades descentralizadas del orden nacional.

4. Organización y funciones.

5. Las RELACIONES LABORALES entre el BANCO Y SUS TRABAJADORES Y PENSIONADOS.
Son de tipo contractual, regidas por el Código Sustantivo del Trabajo, con modalidades y peculiaridades que se derivan de su carácter de empleados de Banca Central.

6. Investigación y juzgamiento por la SUPERINTENDENCIA BANCARIA.

7. Régimen disciplinario. PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. FUNCIONES. Artículo 145 de la Constitución Nacional. PROCESOS DISCIPLINARIOS. EMPLEADOS DE LA RAMA EJECUTIVA Y DE LAS CORPORACIONES Y DE QUIENES SIN TENER EL CARACTER DE EMPLEADOS EJERZAN FUNCIONES PUBLICAS EN ESTOS ENTES. ¿Quiénes conocen de estos procesos? (art. 26 de la Ley 25 de 1974). VIGILANCIA O SUPERVIGILANCIA DE PERSONAS JURIDICAS Y DE PERSONAS NATURALES. MINISTERIO PUBLICO. Funcionarios: ¿Qué les corresponde? MINISTERIO PUBLICO: VIGILANCIA. Desde el punto de vista constitucional al Ministerio Público incumbe sólo la vigilancia de la conducta oficial de los empleados públicos y no la de los trabajadores oficiales, es obvio que no le compete la vigilancia de los trabajadores del Banco de la República.

8. INTERVENCION EN EL BANCO EMISOR: El numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional consagra una intervención por parte del señor Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, sobre el Banco emisor y sobre todas aquellas personas que manejen, aprovechen o inviertan los FONDOS DEL AHORRO PRIVADO. Esta es una intervención que no requiere mandato legal previo como sí la requiere la consagrada en el artículo 32 de la Carta para ponerla en marcha, porque se trata de una función propia del Presidente de la República consignada en el Estatuto Constitucional. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. VIGILANCIA SOBRE EL BANCO DE LA REPUBLICA. El artículo 19 de la Ley 45 de 1923, ya había dispuesto la función de ejercer debida inspección y vigilancia sobre el Banco de la República, en el Superintendente Bancario. Debe anotarse igualmente, que la facultad otorgada al señor Presidente de la República por el numeral 14 del artículo 120 de la Carta, mal puede pretenderse que sea ejercida personalmente por él, pues son diversas y complejas las funciones que implica esa intervención.

Declárase la nulidad de la Resolución número 033 expedida por el señor Procurador General de la Nación el 16 de octubre de 1985. "Por medio de la cual se precisa la vigilancia disciplinaria de la Procuraduría General sobre el Banco de la República".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Seccion Primera.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 01. Autoridades Nacionales. Actor: Banco de la República.

En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y mediante apoderado judicial, el Banco de la República, establecimiento bancario con domicilio principal en Bogotá, solicitó que con citación y audiencia del señor Fiscal como Agente del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la Nación, representada por el señor Procurador y previos los trámites del procedimiento ordinario, se declare por esta Corporación la nulidad de la Resolución número 033 de 16 de octubre de 1985, "por medio de la cual se precisa la vigilancia disciplinaria de la Procuraduría General sobre el Banco de la República", Resolución expedida por el señor Procurador General de la Nación.

La demanda se funda en los hechos que la Sala resume en la siguiente forma:

1º El señor Procurador General de la Nación expidió el acto acusado diciendo hacer uso de las atribuciones que le otorga el artículo 145 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 26 de la Ley 25 de 1974. En el artículo primero se detallaron algunas activi-

dades que cumple el Banco de la República sobre las cuales y sin perjuicio de la competencia que tiene la Superintendencia Bancaria, ejercerá principalmente la Procuraduría General de la Nación, la vigilancia a que se refiere el mismo acto; y en el artículo segundo se señaló el procedimiento aplicable a esa intervención de la Procuraduría.

2º El artículo 143 de la Constitución asigna a los funcionarios del Ministerio Público entre otras funciones, la de "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos" y en el numeral 1º del artículo 145 como función especial del Procurador la de "cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes".

3º Conforme el artículo 1º del Decreto 386 de 1982, el Banco de la República es "una entidad de derecho público económico y de naturaleza única". Sus funciones son principalmente económicas y no administrativas, y sus servidores a todos los niveles, están ligados a la institución por contratos que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo.

4º Por mandato de la Constitución Nacional, al Presidente de la República le corresponde como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, ejercer la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento e inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, intervención que en cuanto hace al Banco de Emisión, ejerce a través de la Superintendencia Bancaria.

5º El Banco de la República no forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público; es una entidad *sui géneris* de derecho público económico y de naturaleza única, a la cual no le son aplicables las normas relacionadas con esa rama, pues si bien ejerce diversas funciones públicas por mandato legal en unos casos y por estipulaciones contractuales en otros, no por ello pertenece a la Rama Ejecutiva.

Fundamentos de derecho de la pretensión:

En este capítulo el señor apoderado de la entidad actora, en primer lugar, hace un análisis sobre la naturaleza y extensión de las funciones de fiscalización que ejerce la Procuraduría General de la Nación al tenor de los artículos 143 y 145 de la Constitución Nacional; transcribe apartes de una sentencia y un concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado para concluir afirmando que la Constitución otorga a la Procuraduría General la función de supervigilar la conducta oficial de los empleados y funcionarios públicos, pero no la de los trabajadores oficiales, ni sobre los demás cuyas relaciones con el empleador sean contractuales y regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

En segundo término, expresa que el Presidente de la República en ejercicio de la atribución propia que le otorga el numeral 14 del artículo 120 de la Carta, dictó el 10 de febrero de 1982 el Decreto 386 disponiendo que el Banco Emisor previsto en la Constitución, es el Banco de la República "entidad de derecho público económico y de naturaleza única", organizado como sociedad por acciones, con autonomía administrativa especial, personería jurídica y patrimonio inde-

pendiente, al cual, dada su naturaleza única, no le será aplicable el régimen de las entidades descentralizadas del orden nacional, previsión que ya había hecho la Ley 7ª de 1973 y los estatutos del Banco. Por lo mismo, a sus servidores que no son empleados públicos, no le son aplicables las normas de la conocida reforma administrativa de 1968. Agrega que por mandato legal, conforme a la serie de disposiciones que cita, a dichos servidores se les aplica el régimen propio de los empleados particulares; que sobre esas bases y el carácter contractual de las relaciones laborales del Banco de la República con sus empleados, se deduce que el Procurador General de la Nación no podía pretender estar haciendo "uso de las atribuciones que le otorga el artículo 145 de la Constitución Nacional" como lo dijo en la Resolución acusada. En consecuencia, dice, esta Resolución viola el texto constitucional citado por aplicación indebida.

En tercer lugar, manifiesta el demandante que la Resolución impugnada trae como soporte de sus disposiciones también el artículo 26 de la Ley 25 de 1974, que es igualmente infortunado. Que en sus considerandos se afirma que es irrelevante la discusión sobre la naturaleza jurídica del Banco de la República y sobre las relaciones con sus empleados dado el carácter público indiscutible de las funciones a que la parte resolutiva se refirió, "todo —agrega el Procurador— en vista de que la Ley 25 de 1974 en su artículo 26-1, otorgó competencia disciplinaria al Procurador General para investigar a quienes sin tener el carácter de empleados públicos ejerzan funciones públicas", competencia que se hizo extensiva a los Procuradores Regionales, agregándose "que ni la Constitución Nacional, ni las leyes vigentes en la materia establecen excepción alguna a la función fiscalizadora del Ministerio Público sobre la conducta de los empleados oficiales o de los particulares que ejerzan funciones públicas". Dice igualmente el señor apoderado, que si se tiene en cuenta, como es indiscutible, que el Banco de la República ejerce funciones eminentemente públicas, el argumento del señor Procurador sería llamativo y en apariencia convincente, pero es totalmente equivocado, pues: a) No es exacto que el artículo 26-1 haya otorgado competencia disciplinaria al Procurador General para investigar a quienes sin tener el carácter de empleados públicos ejerzan funciones públicas, ya que la tiene para fallar en segunda instancia los procesos decididos en primera por los Procuradores Delegados, y una cosa es la investigación y otra el fallo; la investigación y el fallo de primer grado están encomendados a los Procuradores Regionales si no se trata de los funcionarios enumerados en el artículo 26-1, y a los Procuradores Delegados para la Vigilancia Administrativa y para la contratación administrativa se asigna la competencia para conocer de la segunda instancia. Por ello no es aventurado afirmar, advierte el demandante, que al Procurador no le otorga el artículo 26 de la Ley 25 de 1974 competencia alguna, ni para investigar ni para fallar en ninguna de las instancias respecto de las personas que sin tener el carácter de empleados públicos, ejerzan funciones públicas; b) Admitiéndose que el Ministerio Público a nivel de Procuradores Regionales y Procuradores Delegados tiene competencia legal, no constitucional, para ejercer funciones fiscalizadoras sobre los servidores de que se viene hablando, es indispensable averiguar si esa competencia le ha sido otorgada en forma ilimitada como lo sostiene el señor Procurador en su resolución, o si le fue conferida

en forma restringida; c) El señor Procurador al hacer la cita del artículo 26 de la Ley 25 de 1974 omitió mencionar una limitante de la competencia que circunscribe la allí otorgada. Al efecto transcribe el señor apoderado el texto completo del artículo 26 citado afirmando que el Ministerio Público para poder ejercer sobre el Banco de la República las funciones fiscalizadoras que le atribuye la Ley 25 en su artículo 26, se requería ineludiblemente que la institución y sus empleados ejercieran funciones públicas en uno cualquiera de los ramos enumerados en la norma legal: *Rama Ejecutiva o Contralorías*. Arguye así mismo, que necesariamente se debe descartar lo relativo a las Contralorías y que en ese orden de ideas, debe dilucidarse si el Banco de la República forma parte integrante de la Rama Ejecutiva o ejerce funciones públicas atribuidas a esa Rama de la Administración. Al efecto transcribe el artículo 1º del Decreto 1050 de 1968 para expresar que el Banco de la República no está incluido entre los organismos que integran la Rama Ejecutiva porque su misión esencial no es "cumplir funciones administrativas conforme a las reglas del derecho público, sino que de acuerdo con las leyes y el contrato social que lo rigen, sus funciones son principalmente de carácter económico" como lo tiene dicho esta Corporación en sentencia del 9 de septiembre de 1981, a las que le son aplicables preferencialmente las normas del derecho privado, en razón de ser el Banco "una entidad de derecho económico y de naturaleza única" como reza el artículo primero del Decreto 386 de 1982. Igualmente anota, que el Banco no está adscrito a ninguno de los organismos principales de la Administración como tendría que estarlo conforme al parágrafo del artículo 1º del Decreto 1050 en caso de ser integrante de la Rama Ejecutiva, que no lo es, como se corrobora con lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 2617 de 1973, el 2º del Decreto 386 de 1982 y el 2º de sus estatutos.

En cuarto lugar, en forma extensa, el demandante se refiere a la facultad que el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución atribuye al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa para "ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención en el Banco de Emisión . . ." Sobre el particular comenta, que ni la Ley 25 de 1974 ni la ley alguna pueden contrariar los mandatos de la Carta y por ello al legislador le está vedado asignar esa misma intervención a persona, entidad u organismo diferente a aquél a quien le confió la Constitución como atribución propia. Dice que de esa atribución hizo uso el Presidente al dictar el Decreto 386 de 1982 "por el cual se ejerce la intervención presidencial en el Banco de Emisión", en torno del cual dispuso que "por la índole peculiar de las operaciones del Banco de la República y por la capacidad técnica y especializada de la Superintendencia Bancaria para investigarlas y juzgarlas, seguirá siendo competencia de ésta vigilar la observancia de las leyes y reglamentos a que están obligados los directores y trabajadores del Banco de la República, adelantar las investigaciones administrativas a que haya lugar, y aplicar el régimen disciplinario correspondiente, todo ello con arreglo a los artículos 33 de la Ley 25 de 1923 y 5º del Decreto extraordinario 3233 de 1965 y a la Ley 45 de 1923". Destaca también el señor apoderado el papel que debe desempeñar la Superintendencia Bancaria frente al Banco de Emisión, haciendo referencia especial al artículo 80 del Código Contencioso Administrativo en su numeral 5º que faculta al Superintendente Bancario para la

inspección y vigilancia sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos y sobre la conducta de las personas que los realizan previstos en la misma disposición, todo ello para concluir que no hay ningún resquicio que dé ocasión ni oportunidad al Ministerio Público para entrar a ejercer la vigilancia que pretende instaurar con la Resolución demandada. Glosa igualmente los considerandos de ella que estima erróneos, pues por ningún aspecto puede sostenerse la competencia de la Procuraduría sobre el ejercicio de funciones públicas por personas particulares sea de "orden constitucional", pues que las únicas normas de la carta que tocan el tema de la vigilancia por el Ministerio Público se refieren concreta y específicamente a "los empleados públicos" (143) y a los "funcionarios públicos" (145-1) y en forma alguna a los particulares, así desempeñen funciones públicas.

Por último, el señor apoderado del Banco de la República dice que el ejercicio de la vigilancia ordenada por la Resolución acusada sobre el Banco, aparejaría problemas de diversa índole con violación de principios de derecho como sería el de *"non bis in idem"* por la dualidad de competencias de la Procuraduría y la Superintendencia Bancaria; el del imperio de la cosa juzgada, que podrá verse afectado por la facultad de conocer los dos organismos del aspecto disciplinario sobre una misma actividad; se presentarían así mismo continuas discrepancias que originarían colisiones de competencia de difícil solución, y si se presentan criterios encontrados, a cuál debe atender el Banco?

Como síntesis de todo lo anterior el demandante formula los siguientes cargos contra la Resolución número 033 de 1985 proferida por el señor Procurador General de la Nación:

a) Violación del artículo 120-14 de la Constitución Nacional, al ordenar una intervención que ese canon reserva en forma privativa al señor Presidente de la República;

b) Violación de los artículo 143 y 145 de la Constitución, al ordenar una vigilancia que no le está autorizada ni permitida al Ministerio Público;

c) Violación del artículo 10 del Decreto 386 de 1982, del artículo 9º del Decreto 2206 de 1963 y 8º del Decreto 001 de 1984, al atribuir a la Procuraduría la vigilancia que sobre el Banco de la República y sus servidores tiene privativamente la Superintendencia Bancaria, como delegataria del Presidente de la República; y,

d) Violación del artículo 26 de la Ley 25 de 1974, por interpretación errónea al crer que autoriza a la Procuraduría a ejercer la vigilancia que sobre el Banco de la República y sus servidores ordena la providencia acusada.

Posteriormente el demandante corrigió su demanda en el punto referente a pruebas, indicando las que dice pretende hacer valer dentro del proceso.

Mediante providencia del 6 de febrero de 1986 se admitió la demanda de la referencia y se negó la suspensión provisional que de modo expreso se había solicitado en el mismo libelo de demanda.

La Procuraduría General de la Nación, por conducto de apoderada se constituyó como parte, se opuso a las pretensiones de la actora afirmando que la presunción de legalidad del acto acusado no ha sido desvirtuada, pues a pesar de las muy propias funciones que tiene el Banco de la República, indudablemente constituyen funciones públicas en cuanto son asuntos de interés público que a la luz del precepto constitucional contenido en el artículo 143 de la Carta, deben ser defendidos por el Ministerio Público cuya suprema autoridad es el Procurador General de la Nación; en tal calidad, puede ejercer vigilancia tanto de inmuebles que son de propiedad de la Nación, como de las políticas que siguen las entidades competentes para proteger el medio ambiente y el sistema ecológico, como de la protección de las fronteras o la emisión de billetes de curso legal en Colombia, sin que con ello se estén arrogando facultades propias de otras autoridades, teniendo en cuenta que el vocablo bienes de la Nación comprende tal cantidad y calidad de ellos, que en ninguna actividad que comprometa el interés general estén en juego los bienes de la Nación o se ejerza alguna función pública, podría estar ausente, porque la norma en comento autoriza la actividad y la intervención del señor Procurador General. Al comentar el artículo 26 de la Ley 25 de 1974 dice que el Banco de la República ejerce funciones de carácter económico las cuales son quizás el más importante de los bienes de la Nación, como que son el patrimonio estatal, y que la Resolución 033 en manera alguna comparte o interviene en las actividades que corresponden al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, mientras que con ella el Procurador en su condición de representante del interés público ejercerá vigilancia sobre el Banco en relación con las actividades en ella enunciadas.

Por auto del 25 de abril de 1986 se decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la actora, practicadas las cuales, se dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión.

Alegatos de las partes:

La señora apoderada de la Procuraduría General de la Nación en su alegato comenta el concepto de función pública como un conjunto de "variables dependientes entre sí con un conjunto de convergencia previamente definido", estando para nuestro caso esas variables representadas por cada uno de los órganos del Estado, entre los cuales y pese a su naturaleza jurídica especial, se cuenta el Banco de la República. Cita conceptos del doctor Luis Carlos Sáchica en torno a las funciones que el artículo 120 de la Carta le asigna al Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa, y concluye expresando que el Decreto 0386 de 1982 es un claro ejemplo de esas funciones dado que se refiere tanto a la naturaleza del ente como a las funciones que desarrolla o al régimen laboral de sus trabajadores, tópicos estos relacionados con los aspectos internos y de actividades propias del Banco. No ocurre lo mismo con el acto demandado agrega, que en manera alguna toca los asuntos aludidos toda vez que no se asemeja a la intervención del Presidente, ni sustrae del control que en materia de vigilancia ejerce la Superin-

tendencia Bancaria sobre el Banco Emisor, "tampoco dispone nada nuevo en lo atinente con las relaciones laborales entre el Banco y el status de sus trabajadores. La Resolución acusada dice, se expidió en desarrollo del artículo 143 de la Constitución y la defensa de los intereses de la Nación no puede reducirse a aquellos cuyo carácter se debate en proceso y depende de una decisión judicial, sino que dicho concepto abarca ámbitos tan disímiles como el relativo a la moralidad, pasando por la seguridad del Estado, la defensa de sus fronteras, hasta el manejo de las reservas nacionales y todo aquello que constituye el patrimonio común de los ciudadanos y a la vez el patrimonio estatal.

Por su parte, el señor apoderado de la demandante hace algunas consideraciones sobre el problema sometido a debate a manera de alegato de conclusión con miras a reafirmar los fundamentos de la pretensión, que resume la Sala así:

1º Ni el artículo 145 de la Constitución, ni el 26 de la Ley 25 de 1974 confirieron al Procurador facultad para ejercer vigilancia disciplinaria sobre el Banco de la República.

2º Al Banco de la República por su naturaleza única y su autonomía no le es aplicable el régimen de las entidades descentralizadas del orden nacional (Decretos 1050, 2400, 3074 y 3130 de 1968, y 128, 130 y 150 de 1976). A este régimen consagrado en la llamada reforma administrativa de 1968 están sujetos los empleados públicos. Por expresas disposiciones legales a los servidores del Banco en todos sus niveles se les aplica el régimen propio de los empleados particulares; el contenido de todas esas normas quedó resumido en el artículo 65 de los estatutos aprobados por Resolución ejecutiva número 105 de 1982.

3º El artículo 26 de la Ley 25 de 1974 tampoco puede conferir validez al acto cuya nulidad se pide, pues si bien es verdad que el citado artículo otorgó a los Procuradores Regionales competencia disciplinaria sobre quienes, sin ser empleados públicos ejerzan funciones públicas, competencia esta restringida o limitada no respecto de todos los que sin tener carácter de empleados ejerzan funciones públicas sino única y exclusivamente de quienes la ejerzan en los ramos que menciona la norma que se comenta, siendo por ello inexacta la afirmación de "que ni la Constitución Nacional ni las leyes vigentes en la materia establecen excepción alguna a la función fiscalizadora del Ministerio Público sobre la conducta de los funcionarios públicos o de los particulares que ejerzan funciones públicas". El Banco de la República conforme tesis del Consejo de Estado, no es integrante de la Rama Ejecutiva del Poder Público por no ser uno de los organismos principales que la conforman, ni un establecimiento público, ni una sociedad de economía mixta, ni una empresa industrial y comercial del Estado, sino una entidad de derecho público económico de naturaleza única.

4º Siendo facultad constitucional del Presidente ejercer la intervención necesaria en el Banco de la República, ni la Ley 25 de 1974, ni ninguna otra norma legal podría privarlo de esa atribución, ni hacerla extensiva a otro funcionario, así se tratara del Jefe del Ministerio Público.

5º Con relación a la cita del artículo 243 de la Constitución, que hace la apoderada de la Procuraduría, anota el señor mandatario de

la actora que en la Resolución acusada el artículo 26 de la Ley 25 de 1974 se presenta como desarrollo o aplicación del artículo 145 de la Carta según parece inferirse del preámbulo del acto en mención; en la Resolución dicha no se habló para nada del artículo 143, sino del 145.

6º No es de recibo apuntalar un acto ya producido trayendo a *posteriori* en su apoyo una norma legal o constitucional no citada anteriormente para derivar de ella la facultad o atribución que pudiere darle validez; y menos puede procederse así estando demandado el acto ante los Tribunales y estos deben analizarlo tomando en consideración su contenido y no lo que está por fuera de él.

7º Las funciones de carácter económico que cumple el Banco de la República y sobre las cuales pretende el Procurador ejercer supervigilancia, son esencial y básicamente las que enumera el artículo primero de sus estatutos y en torno de las cuales hace un amplio análisis el señor apoderado de la actora.

8º El reglamento constitucional (Decreto 386 de 1982) y normas legales (Decreto-ley 2206 de 1963, Decreto-ley 01 de 1984, Decreto-ley 1939 de 1986) señalan inequívocamente al Superintendente Bancario como el funcionario oficial encargado de cumplir a título de delegado del Presidente de la República, una de las funciones estimadas por éste como indispensable para la ejecución por el Jefe del Estado del mandato de la Constitución: "Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión", función que es precisamente la de vigilancia, supervigilancia disciplinaria y sanción de quienes en el Banco de la República no se acomoden a los mandatos constitucionales, legales, estatutarios o reglamentarios que rigen sus actividades, o que en alguna forma atenten contra los intereses nacionales puestos en sus manos.

9º No pudiendo negarse al Superintendente Bancario las facultades de vigilancia y supervigilancia disciplinaria integrales sobre lo de fondo y sobre lo de aspecto meramente formal de las funciones y actividades que desarrolla el Banco de la República, ni la atribución de sancionar, si el Procurador General de la Nación ejerciere esas mismas facultades y atribuciones, como lo pretende, habría dualidad de competencias que repugnaría por las consecuencias y problemas que traería, verbigracia se atentaría contra el principio *"non bis in idem"*, si una u otra de las entidades (Procuraduría y Superintendencia) ejercieran separadamente las funciones de vigilancia y sanción de un mismo hecho; se pondría en inminente peligro el imperio de la cosa juzgada, de admitirse la dualidad de atribuciones si el mismo hecho pudiere ser investigado y juzgado disciplinariamente tanto por el Procurador como por el Superintendente; si el criterio de una y otra de las entidades estuviere en pugna se estaría ante una colisión de competencias para la cual no habría previsión sobre el llamado a dirimirla, pues ni siquiera el Tribunal Disciplinario podría tal vez hacerlo, toda vez que el conflicto no sería entre distintas jurisdicciones.

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación en el concepto que emitió para el presente asunto solicita se despachen favorablemente

las pretensiones de la demanda. Considera el señor Fiscal, luego de hacer algunos comentarios en torno al término "poder", su sentido y alcances y a la función pública como competencia que ejerce un órgano de la administración, que en el caso *sub lite*, partiendo de la base del artículo 145 de la Carta, el Procurador General de la Nación tiene la función especial de cuidar el desempeño de los funcionarios públicos, acusar ante la Corte Suprema aquellos cuyo juzgamiento corresponda a dicha Corporación; nombrar y remover libremente sus empleados, cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen a cabalidad su encargo y promover y exigirles responsabilidad por las faltas cometidas, etc., funciones que en relación con los tópicos tratados en la Resolución acusada, sólo pueden estudiarse aquellas otorgadas mediante ley, que para el caso sería la Ley 25 de 1974; pero como en relación con ella prima la norma constitucional (art. 120-14) que establece la competencia en cabeza del Presidente de la República para intervenir en el Banco de Emisión y en las actividades sobre manejo o aprovechamiento y la inversión de fondos de ahorro privado que desarrollen personas naturales o jurídicas, de plano se desvanece la posibilidad de que el Procurador pueda paralelamente con el Presidente tener las mismas competencias y sobre el mismo tema.

Audiencia pública:

A petición del señor apoderado de la parte demandante se decretó la práctica de una Audiencia Pública, la cual tuvo lugar el 9 de abril del año en curso. En ella intervinieron los apoderados de las partes, así como los doctores Hugo Palacios Mejía y Ramón E. Madriñán de la Torre, quienes solicitaron y fueron aceptados como partes coadyuvantes en el proceso. Todos ellos oportunamente consignaron por escrito un resumen de sus intervenciones orales en la misma.

El doctor Hugo Palacios Mejía para demostrar la violación del artículo 145 de la Constitución y 26 de la Ley 25 de 1974 hace una distinción entre la vigilancia o supervigilancia de una persona jurídica, que implicaría la de todos sus actos y la de todas las personas que en ella presten sus servicios; en cambio la vigilancia o supervigilancia de una persona natural puede limitarse como dice el artículo 143 de la Carta a su "conducta oficial". "El sujeto sobre el cual recae la vigilancia determina la naturaleza y el alcance de la vigilancia misma". Anota que la vigilancia sobre el Banco Emisor como persona jurídica llevaría a la Procuraduría a inmiscuirse en actos típicos del derecho privado, muchos de los cuales se cumplen con recursos privados y eventualmente por algunas personas que no desempeñan función pública de ninguna clase. No todas las funciones que el Banco cumple son públicas ni todos los bienes que administra son públicos. El Banco tiene accionistas privados que contribuyen con su aporte al desempeño de la gestión social. Recibe empréstitos externos muchas veces sin garantía de la Nación, con el fin de canalizarlos hacia instituciones financieras tanto públicas como privadas y recibe en cuenta corriente depósitos de instituciones financieras privadas.

Dice así mismo el doctor Palacios, que hay tanto normas constitucionales como legales expresas que atribuyen a entidades distintas

de la Procuraduría la vigilancia sobre el Banco de la República. Una norma constitucional atribuye al Presidente de la República la capacidad de intervenir en el Banco Emisor y por lo menos dos, el artículo 80 del Decreto 01 de 1984 y el 10 del Decreto 386 de 1982, atribuyen a la Superintendencia Bancaria la facultad de aplicar el régimen disciplinario correspondiente; la facultad de intervenir que permite expedir reglamentos constitucionales. En cambio las facultades que el Procurador invoca no se refieren ni al Banco ni a quienes prestan sus servicios en él. "No se trata, por supuesto, de sostener que la Procuraduría deba ser indiferente respecto de las funciones públicas que ejerce el Banco de la República, o respecto de las personas que las realizan...Adviértase, en efecto, que el Banco de la República es ejecutor (así lo define la ley) de las políticas monetaria y cambiaria, que establece la Junta Monetaria. En tal Junta tienen asiento varios Ministros, el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Planeación y el Director del Incomex. El Ministro de Hacienda, además, preside la Junta del Banco. Sobre todos ellos tiene atribuciones la Procuraduría, y puede y debe ejercerlas si tales funcionarios faltan a la ley en la Junta Monetaria o en el Banco. De otra parte, sobre el Banco tiene facultades de vigilancia el Superintendente Bancario; si no las ejerce en debida forma, está sujeto a sanción disciplinaria por la Procuraduría".

Por último, dice el doctor Palacios, que si al tenor de la Resolución acusada se decide que ella no se refiere al Banco como persona pública, sino a quienes trabajan en él, también violaría las normas que en ella se invocan para expedirla puesto que si no autorizan al Procurador para ejercer supervigilancia sobre personas jurídicas, tampoco lo facultan para ejercerla sobre toda clase de personas naturales.

La apoderada de la Procuraduría General de la Nación en su resumen repite los argumentos que ya había consignado en anterior memorial, recabando que la función de vigilancia de la Procuraduría no se reduce a ejercer acciones encaminadas a regular la disciplina interna de las diferentes entidades, como tampoco se limita a corregir a los funcionarios infractores de los deberes que en su calidad de tales les hayan sido señalados, o de las prohibiciones consagradas en las leyes o en los reglamentos; el ámbito de su acción, dice, va más allá de las específicas y directas mencionadas, generándose entonces otra clase de vigilancia o de supervigilancia que consagra el numeral 1º del artículo 145 de la Constitución, que autoriza al Jefe del Ministerio Público a ejercer vigilancia con mayor poder, "vale decir a supervigilar"; y la forma como ella se debe ejercer es por medio de actos administrativos que provean los elementos orientadores para quienes supervigilen. Advierte que el Banco de la República ejerce funciones principalmente económicas, pero también de carácter público verbigracia en la dirección que se dé a la economía del país, al manejo monetario, la misma emisión de moneda que la misión Kemmerer señaló como "prestación de un servicio público", funciones estas reguladas por normas de derecho público. Por último expresa, que para los efectos de la Resolución demandada, se destacó la irrelevancia de las relaciones del Banco de la República con sus empleados, resultando entonces que el hasta cierto punto explicable pero infundado temor sobre la supuesta dualidad de investigaciones disciplinarias no tiene razón, porque al igual que en la intervención del Gobierno,

tampoco en este aspecto la Resolución desconoce las facultades que sobre la materia ostenta la Superintendencia Bancaria.

El doctor Ramón E. Madriñán de la Torre luego de referirse a los antecedentes constitucionales de la Procuraduría General de la Nación, destaca que sólo hasta el año de 1985 y por la Resolución acusada se rompe el entendimiento del papel exclusivo y excluyente que corresponde al Ejecutivo a través de la Superintendencia Bancaria en la vigilancia e inspección al Banco de la República en su calidad de Banco de Emisión y la conducta de las personas a su servicio. Relata como las naciones occidentales siguiendo la tradición anglosajona han incorporado a su organización bancos de emisión de características especialísimas diferentes en su naturaleza, atribuciones y funciones a otras entidades crediticias públicas o privadas, y en razón de esas especialísimas calidades, los han sometido en su conjunto y a sus servidores, a la vigilancia disciplinaria de una entidad especializada, técnica, distinta de las demás entidades de control. Cita el caso mejicano y de los Estados Unidos de América, así como las Superintendencias de Bancos de Chile, Venezuela, Ecuador, etc. y aquellos en los cuales el propio Banco Central de Emisión ejerce la inspección y vigilancia sobre los demás establecimientos de crédito; su inspección y la de sus servidores corresponde a funcionarios administrativos de alta calidad como el Ministro del Tesoro en Inglaterra. Finalmente y luego de algunas referencias legales en torno a la vigilancia sobre las funciones públicas de entidades que no hacen parte de la Rama Ejecutiva y de sus empleados, y al control que se ha atribuido a la Superintendencia Bancaria sobre el Banco de la República y sobre la conducta de sus servidores, advierte que el legislador no ha señalado función alguna al respecto a la Procuraduría General de la Nación, sin que pueda alegarse que la tiene en virtud de la "supervigilancia" de que habla el artículo 143 de la Constitución Nacional, como se alega en el caso de otras vigilancias internas de instituciones públicas (Policía, etc.), porque conforme al artículo 63 de la Carta no puede haber cargo cuyas funciones no estén señaladas en la ley o reglamento, y las del señor Procurador no son la excepción.

Finalmente, el señor apoderado del Banco de la República en el resumen que presenta de la audiencia vuelve sobre los argumentos ya expuestos por él en el libelo de demanda y critica el hecho de que la Procuraduría introduzca tardíamente al debate una norma que no citó en su Resolución, al contestar su demanda. Considera que ese proceder no es de recibo, puesto que con él se cambian unilateralmente las reglas del juego y se establece un desequilibrio entre las partes en perjuicio de la demandante y en beneficio de la demandada. Por ello estima impertinente analizar el artículo 143 de la Carta extemporáneamente alegado por la Procuraduría, pero que para descartarlo bastaría recordar que encomienda al Ministerio Público la supervigilancia de la conducta oficial de los empleados públicos y el Banco de la República no es empleado público, puesto que como persona jurídica no puede desempeñar un empleo y los que en él trabajan tampoco lo son.

Consideraciones de la Sala:

La entidad actora pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución número 033 expedida por el señor Procurador General de

la Nación el 16 de octubre de 1935, "por medio de la cual se precisa la vigilancia disciplinaria de la Procuraduría General sobre el Banco de la República". Dicha resolución se expide con fundamento en el artículo 145 de la Constitución Nacional, "en concordancia con el artículo 26 de la Ley 25 de 1974". En ella se dice que el Banco de la República ejerce el atributo de emisión del Estado y es el guardián de las reservas internacionales y ejecutor de la política monetaria del Gobierno Nacional, y que tales actividades y las que se originan de ellas, determinadas en la Resolución número 105 de 1982, aprobatoria de los Estatutos del Banco, constituyen un claro ejercicio de funciones públicas. Que si bien legalmente el Banco de la República es una entidad de derecho económico, dado el carácter público de las funciones que en la parte resolutiva se dispone, la Ley 25 de 1974 en su artículo 26 otorgó competencia disciplinaria al señor Procurador para investigar a quienes sin tener la calidad de empleados públicos, ejerzan funciones públicas. Que ni la Constitución ni las leyes establecen excepción alguna a la función fiscalizadora del Ministerio Público sobre la conducta de los empleados públicos o de los particulares que ejerzan funciones públicas, en razón de que el deber de acatar el principio de legalidad se impone a todos los servidores oficiales cualesquiera que sean su categoría y dependencia. Que si bien la competencia de la Procuraduría sobre el ejercicio de funciones públicas ya sea por funcionarios o empleados públicos o personas particulares, es de orden constitucional, la función ordinaria de control de las entidades bancarias está atribuida por la ley a la Superintendencia Bancaria cuyas actividades disciplinarias a la Procuraduría de toda intervención por vía general que no sea con fines de simple supervigilancia. Que ni la intervención directa en el Banco Emisor que el numeral 14 del artículo 120 de la Carta asigna al Presidente, ni las acciones disciplinarias sobre el mismo que el artículo 10 del Decreto 236 de 1982 asigna al Superintendente Bancario, son en perjuicio de la competencia constitucional propia de la Procuraduría; pertenece a ella como poder interno a la administración pública e independiente del mismo y no pugna con la calidad de controles internos de dicha Administración. Y con base en las razones que antes se han resumido se dispone en la Resolución que la Procuraduría ejercerá vigilancia sobre el Banco de la República en relación con la serie de actividades que se enumeran en la parte resolutiva.

Antes de seguir adelante, debe advertirse que en negocios como el presente era imposible hacer una síntesis de las distintas piezas del expediente que se estimaba sobre todo necesario relacionar. Por ello, en el presente fallo se ha prescindido de las transcripciones textuales que hacen la providencia demasiado larga y difícil de comprender. Porque es preciso tener conciencia de que estamos en una época en que por la complejidad, amplitud e intensificación del trabajo y de los problemas, se hace indispensable expresar el pensamiento jurídico en la forma más breve y sencilla, sin omitir nada de lo esencial, pero también sin extenderse en divagaciones o transcripciones o lucubraciones que en forma de síntesis darían una más nítida imagen del problema que se plantea y ha de resolverse. Naturalmente que esto puede que implique un mayor esfuerzo intelectual, pero es necesario obrar así en bien de la justicia y para facilitar a la Sala el estudio y análisis de las providencias, que no son buenas porque sean

más largas, sino por su contenido jurídico, así la expresión literal sea mínima.

Tres son los puntos centrales que se han debatido en este proceso y sobre los cuales se impone una decisión por la Sala: *Primero,* la naturaleza jurídica del Banco de la República; *segundo,* si la Resolución acusada número 033 de 1985 dictada por la Procuraduría General de la Nación está afectada de nulidad por los motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad expresados por el demandante y los coadyuvantes; y, *tercero,* la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

a) Banco de la República.

Hasta el año de 1968, cuando se expidió el Decreto-ley 1050, las circunstancias o condiciones necesarias para el funcionamiento tanto de los establecimientos públicos como de las otras empresas industriales y comerciales del Estado, eran de elaboración doctrinaria y jurisprudencial, lo que produjo en la práctica el fenómeno de que todo ente público que no encajara en los moldes de las personas territoriales fuera calificado como establecimiento público. De suerte que este ente vino a convertirse en una especie de categoría residual para los casos que no tuvieran acomodo en las formas ordinarias de las entidades públicas tradicionales, criterio seguramente adoptado de la Ley 151 de 1959. En esas condiciones, se solía dar un denominador común a entes públicos muy diferentes que cumplían funciones o cometidos tan diversos como la Universidad Nacional, la Caja Agraria, el Banco de la República, el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, el Club Militar, la Caja de Previsión Social, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, el Incora, Paz del Río, etc.

De esa simple enumeración se colige que la figura del establecimiento público en Colombia no estaba claramente definida en sus perfiles jurídicos, en forma tal que bien podía acomodarse en ella a cualquier tipo de persona distinta de los entes territoriales, sin que importara en ese entonces los fines que se había propuesta la ley al crearlas. Daba lo mismo que estuvieran orientadas al cumplimiento de funciones administrativas o a la atención o prestación de servicios públicos conforme a las reglas del derecho público, o bien encaminadas a desarrollar actividad de naturaleza comercial o industrial con sujeción a los principios del derecho privado, pero con fondos del Estado.

Pero dentro de las precisas demarcaciones trazadas por el Decreto 1050 de 1968, la sola intervención en el Gobierno de una empresa o entidad, no puede servir de base o indicio suficiente para concluir que la misma admite un carácter de establecimiento público o como empresa industrial o comercial del Estado, pero ni o siquiera como sociedad de economía mixta. Hoy es la misma ley la que define cuáles son las características del establecimiento público y cuál es el régimen legal a que están sujetos quienes presten sus srevicios a esas instituciones.

Se dice en la Resolución acusada número 033 expedida por el señor Procurador General de la Nación el 16 de octubre de 1985, que el Banco de la República "ejerce con exclusividad el atributo de emi-

sión de estado y es el guardián de las reservas internacionales del país y el ejecutor de la política monetaria del Gobierno Nacional; y que tales actividades y las que en ellas se originan, determinadas expresamente en la Resolución ejecutiva número 105 de 1982 de la Presidencia de la República, aprobatoria de los Estatutos del Banco de la República, constituyen, sin lugar a dudas, un claro ejercicio de funciones públicas; que si bien está definido legalmente que el Banco de la República es una entidad de derecho público económico, la discusión sobre su naturaleza jurídica y sobre la de las relaciones con sus empleados es irrelevante para los efectos de la presente resolución, dado el carácter público indiscutible de las funciones a que su parte resolutiva se refiere; todo en vista de que la Ley 25 de 1974, en su artículo 26-1, otorgó competencia disciplinaria al Procurador General para investigar a 'quienes sin tener el carácter de empleados públicos ejerzan funciones públicas',..."

El Banco de la República no es un establecimiento público encargado de atender funciones administrativas conforme a las reglas del derecho público, de los que define el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968, sino una "entidad de derecho público económico y de naturaleza única" según el Decreto 0386 de 1982 que, además, precisa el origen constitucional de la entidad como ente de derecho público económico, se repite. Está organizado como sociedad por acciones y tiene autonomía administrativa especial, personería jurídica y patrimonio independiente; ejerce con exclusividad el atributo de emisión del Estado, es el guardián de las reservas internacionales del país y el ejecutor de la política monetaria; tiene funciones de giro, depósito, descuento y redescuento, a términos del artículo 1º del Decreto 0386 de 1982 y de la Resolución ejecutiva número 105 del mismo año, mediante la cual el señor Presidente de la República aprobó los estatutos del Banco. Es pues el Banco de la República una entidad que no tiene en realidad una personería derivada de la Administración Pública, ni introduce en ella actos de carácter administrativo, que no actúa en la esfera de la Administración, sino que opera activamente en la esfera económica de la Nación en su condición de ejecutor de la política monetaria y crediticia y de la política de fomento del país y como entidad encargada del manejo de las reservas internacionales. Y por esa naturaleza única y esa autonomía que posee, al Banco de la República no le es aplicable el régimen de las entidades descentralizadas del orden nacional determinado principalmente por los Decretos 1050, 2400, 3074, 3130 y 3135 de 1968 y 128, 130 y 150 de 1976, según reza el artículo 2º del Decreto en mención. Las relaciones laborales entre el Banco y sus trabajadores y pensionados son de tipo contractual, regidas por el Código Sustantivo del Trabajo, con las modalidades y peculiaridades que se derivan de su carácter de empleados de Banca Central.

De suerte pues que por razones de buen servicio el Estado colombiano ha adoptado este modelo de organización en el Banco de la República, pues la experiencia le había demostrado que ella era la más adecuada para la prestación rápida y eficiente de ciertos servicios sometidos a la estructura rígida estatal, no le permitía cumplir su cometido fundamental como es el de la emisión, así como la guardia de las reservas internacionales y la ejecución de la política monetaria. Esta forma de organización en modo alguno repugna con

la evolución del derecho administrativo, puesto que hoy la doctrina y la misma práctica, aceptan esa tendencia a esa especie de privatización de ciertas actividades, que debe entenderse en términos relativos. Estas circunstancias son las que militan en el caso específico del Banco de la República, según el Decreto 0386 de 1982 y sus propios estatutos. En el Decreto 0386 se establecen las principales funciones del Banco y las características fundamentales de su independencia; su régimen jurídico; se excluye del régimen general de las entidades descentralizadas; se hace hincapié en el papel que cumple como ejecutor de la política monetaria, cambiaria, crediticia y de fomento en el país, y en el artículo 10 se dice que por la índole peculiar de sus operaciones y por la capacidad técnica y especializada de la Superintendencia Bancaria para investigarlas y juzgarlas, "seguirá siendo competencia de ésta, vigilar la observancia de las leyes y reglamentos a que están obligados los directores y trabajadores del Banco de la República, adelantar las investigaciones administrativas a que haya lugar, y aplicar el régimen disciplinario correspondiente, todo ello con arreglo a los artículos 33 de la Ley 25 de 1923 y 5º del Decreto extraordinario 2233 de 1965 y a la Ley 45 de 1923".

Finalmente, en cuanto a las relaciones laborales del Banco de la República con sus servidores, tanto el Decreto 0386 de 1982 como los estatutos aprobados por la Resolución ejecutiva número 105 del mismo año, las reputan contractuales y regidas por el Código Sustantivo del Trabajo. Y dadas las funciones del Banco en lo concerniente a la emisión y manejo monetarios, el cambio internacional y al crédito, y la incidencia de dichas funciones dentro de la economía pública y privada del país, todos sus trabajadores, para efectos legales, desempeñan cargos de confianza. Además, el artículo 15 del Decreto 0386 de modo categórico dice que a los trabajadores del Banco de la República no les son aplicables las normas del Decreto extraordinario 3135 de 1968, ni las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o reglamenten.

b) Resolución número 033 de 1985 (octubre 16).

Como ya se ha visto, por medio de la Resolución número 033 de 16 de octubre de 1985, acusada, el señor Procurador General de la Nación, en uso de las atribuciones que le otorga el artículo 145 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 25 de la Ley 25 de 1974, precisa la vigilancia disciplinaria de la Procuraduría sobre el Banco de la República, específicamente en relación con las actividades que dicha institución realiza en desarrollo de las funciones que cumple como la emisión de billetes, fabricación y acuñación de monedas metálicas y su puesta en circulación, ejecución de las políticas monetaria y crediticia que trace la Junta Monetaria, control sobre el desarrollo de la ejecución de las políticas monetaria y crediticia, manejo de reservas internacionales del país, ejecución de la política cambiaria trazada por la Junta Monetaria, administración del sistema de cambios internacionales, intervención en la determinación de la tasa de cambio, manejo de instrumentos de control cambiario, concesión de créditos a favor del Gobierno Nacional, etc. etc.

El artículo 145 de la Constitución Nacional, que sirve de fundamento a la resolución dice:

"Son funciones especiales del Procurador General de la Nación:

"1ª Cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes.

"2ª Acusar ante la Corte Suprema a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponda a esta Corporación.

"3ª Cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo, y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan.

"4ª Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia.

"Y las demás que le atribuya la ley".

Y el artículo 26 de la Ley 25 de 1974 expresa:

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

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

Pues bien, la Resolución acusada dispone que, sin perjuicio de la competencia que la ley asigna a la Superintendencia Bancaria, la Procuraduría General de la Nación ejercerá su vigilancia "sobre el Banco de la República principalmente en relación con la actividad que dicha institución cumple en desarrollo de las siguientes funciones públicas..." Es decir, el objeto de la vigilancia es una persona jurídica, el Banco de la República, y ni el artículo 145 de la Carta, ni el 26 de la Ley 25 de 1974 mencionan a las personas jurídicas. Ambas normas hacen referencia expresa a los servidores públicos (funcionarios públicos, empleados de la Rama Ejecutiva y las Contralorías), como objetos de vigilancia por parte de la Procuraduría General de la Nación. La vigilancia o supervigilancia de una persona jurídica como muy bien lo anota el doctor Hugo Palacios Mejía, implicaría la de todos sus actos y la de todas las personas que en ella prestan sus servicios, al paso que la vigilancia o supervigilancia de una persona natural puede limitarse como dice el artículo 143 de la Constitución Política, a su "conducta oficial", puesto que el sujeto sobre el cual recae la vigilancia determina la naturaleza y el alcance de la vigilancia misma. La vigilancia sobre el Banco como persona jurídica, "llevaría a la Procuraduría a inmiscuirse en actos típicos de derecho privado, cumplidos muchos de ellos con recursos privados, y, eventualmente, por algunas personas que no desempeñan función pública de ninguna clase. En efecto, no es por capricho que las normas legales han organizado al Banco de la República como 'entidad de naturaleza única' ". Es útil advertir que no puede afirmarse, de ninguna manera, que todas las funciones que el Banco desempeña son públicas, ni que todos los bienes que administra tienen carácter público. Basta recordar que, por disposición de la ley, el Banco tiene accionistas privados, que

contribuyen con su aporte, así sea mínimo, al desempeño de la gestión social. El Banco recibe muchas veces, sin garantía de la Nación, empréstitos externos con el único fin de canalizarlos hacia instituciones financieras, tanto públicas como privadas, en cantidades que a veces superan las que resultarían de aplicar las normas sobre reservas legales. Estas dos últimas funciones podrían ser desempeñadas también, y de hecho lo son, por entidades que actúan ordinariamente según las normas del derecho privado. No es indiferente, por lo tanto, establecer un control sobre "el Banco (entidad de capital mixto y que realiza actividades de diverso carácter), o establecerlo, si hubiera norma que lo autorizara, sobre algunas de las personas que trabajan en él. La facultad de vigilar 'el Banco' requeriría una atribución expresa".

Conforme el artículo 143 de la Constitución Nacional, corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; *supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos*, y perseguir los delitos y contravenciones que turban el orden social.

Ya en el análisis de la primera cuestión vimos como las relaciones laborales del Banco de la República con sus servidores son contractuales, rigiéndose por el Código Sustantivo del Trabajo y desempeñando todos los trabajadores cargos de confianza, no siéndoles aplicables por lo mismo a ellos las normas del Decreto-ley 3135 de 1968, ni las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o reglamenten.

Por manera que como desde el punto de vista constitucional al Ministerio Público incumbe sólo la vigilancia de la conducta oficial de los empleados públicos y no la de los trabajadores oficiales, es apenas obvio que no le compete la vigilancia de los trabajadores del Banco de la República. El artículo 26 de la Ley 25 de 1974 en el que también se apoya la Resolución enjuiciada, debe interpretarse en el sentido claro que él tiene; esto es, de que atribuye la vigilancia de los empleados a la Procuraduría General de la Nación. Además, del conjunto de las disposiciones de la ley en mención también se colige esa misma finalidad.

c) Vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

El numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, consagra una intervención por parte del señor Presidente de la República como suprema autoridad administrativa colombiana, sobre el Banco de Emisión y sobre aquellas personas que manejen, aprovechen o inviertan los fondos del ahorro privado. Esta es una intervención que no requiere mandato legal previo como sí la requiere la consagrada en el artículo 32 de la Carta para ponerla en marcha, porque se trata de una función propia del Presidente de la República consignada en el estatuto constitucional. Así mismo, el ámbito de esta intervención y su poder normativo está restringido al Banco de la República y a las personas que tengan por objeto social específico el ya indicado. Y siendo ello así bien puede afirmarse que ni la Ley 25 de 1974 que sirve de sustento a la Resolución acusada, ni ninguna otra ley, puede ir a contrapelo de la voluntad del constituyente.

Cuando la Constitución Nacional atribuye al señor Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, la función de "ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión", mal podría el legislador, como lo pretende interpretar la Procuraduría General, asignar esa misma intervención a organismo, entidad o persona diferente a quien como atribución propia se la otorgó el constituyente. La Ley 25 de 1974 no tiene el sentido y alcances que le da el señor Procurador General de la Nación para justificar su intervención, vigilando o supervigilando el Banco de la República. Si como le dice el señor apoderado de la demandante, es propia del señor Presidente esa función, "no puede legalmente privársele de ella en todo o en parte, ni obligársele a compartirla con otro a quien la Constitución no se la otorgó".

Y precisamente en ejercicio del mandato contenido en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, el Jefe del Estado dictó el 10 de febrero de 1982 el Decreto 386, "por el cual se ejerce la intervención presidencial en el Banco de Emisión", al cual en párrafos anteriores se ha hecho referencia, y en cuyo artículo 10 que no sobra repetir, se dijo:

"Por la índole peculiar de las operaciones del Banco de la República y por la capacidad técnica y especializada de la Superintendencia Bancaria para investigarlas y juzgarlas, seguirá siendo competencia de ésta, vigilar la observancia de las leyes y reglamentos a que están obligados los directores y trabajadores del Banco de la República, adelantar investigaciones administrativas a que haya lugar, y aplicar el régimen disciplinario correspondiente, todo ello con arreglo a los artículos 33 de la Ley 25 de 1923 y 5º del Decreto extraordinario 2233 de 1965 y a la Ley 45 de 1923".

Y en cumplimiento a esta vigilancia que se le ha conferido sobre el Banco de Emisión, el Superintendente puede pedir explicaciones a los directores o trabajadores de la entidad cuando observe que se han violado los estatutos o las leyes o que se están dirigiendo las actividades del Banco en forma no autorizada o insegura; adelantar las investigaciones administrativas a que haya lugar y aplicar el régimen disciplinario que corresponda con arreglos a las normas legales pertinentes. Y esa es la esencia de la facultad del Superintendente Bancario, que está encaminada a proteger los intereses de la entidad en cuanto hace a las funciones fundamentales de ella y, sobre todo, para que los estatutos no se violen en perjuicio de la misma. Y debe puntualizarse, que la nota característica de la competencia que para vigilar el Banco de la República tiene el Superintendente Bancario, consiste o hace relación con la índole peculiar de las operaciones que el mismo desarrolla y por la capacidad técnica y especializada de la Superintendencia para investigarlas y juzgarlas. Por esta especial consideración también, es que se hace inaceptable la supervigilancia de la Procuraduría General de la Nación sobre el Banco Emisor, puesto que no podría en un momento dado hacer definiciones o tomar determinaciones sobre aspectos que la ley ha reservado a la Superintendencia Bancaria que tiene una capacidad técnica y especializada, se repite, en los asuntos que maneja el Banco. Así mismo, no sobra anotar que el artículo 19 de la Ley 45 de 1923 ya había dispuesto la función de

ejercer la debida inspección y vigilancia sobre el Banco de la República, en el Superintendente Bancario.

Debe anotarse igualmente, que la facultad otorgada al señor Presidente de la República por el numeral 14 del artículo 120 de la Carta, mal puede pretenderse que sea ejercida personalmente por él, pues son diversas y complejas las funciones que implica esa intervención. Por ello el Presidente se vio obligado a delegarla en quien puede cumplirlas, como es el Superintendente Bancario, que cuenta con todos los medios a su alcance para ejercer el control, la vigilancia, y la inspección y la actividad sancionadora sobre el Banco Emisor. Y esa delegación que hizo el señor Presidente de la República en el Superintendente Bancario, está autorizada en el artículo 135 de la Constitución para funciones de las que le corresponden como suprema autoridad administrativa.

De otro lado, es cierto que el artículo 26 de la Ley 25 de 1974 dice que la Procuraduría conoce de los procesos disciplinarios contra los empleados de la Rama Ejecutiva y las Contralorías "y quienes sin tener el carácter de empleados ejerzan funciones públicas en estos ramos". Sin embargo, debe aclararse que esa atribución, según el mismo texto, la ejerce la Procuraduría únicamente en la Rama Ejecutiva y las Contralorías. Al Banco de la República le sería aplicable esa atribución si cumpliera funciones públicas administrativas o perteneciera a la Rama Ejecutiva del Poder Público, a la cual no pertenece como ya se ha visto anteriormente, pues es una entidad de derecho público económico y de naturaleza única, según reza el artículo 1º del Decreto 0386 de 1982.

Los análisis que se han hecho en esta providencia coinciden en gran parte con los planteamientos del señor apoderado de la entidad demandante y de los coadyuvantes en lo pertinente a la naturaleza jurídica del Banco de la República, al acto acusado y a la función de vigilancia de la Superintendencia Bancaria, sobre el mismo, mas no coinciden con los de la parte impugnadora, que no se comparten por falta de consistencia jurídica. La violación de las normas constitucionales y legales que se ha atribuido a la Resolución número 033 de 1985 originaria de la Procuraduría General de la Nación está demostrada, circunstancia que permite concluir que dicho acto administrativo está viciado de nulidad, como habrá de declararse en la parte resolutiva de este fallo.

Por las consideraciones que se han expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo con él, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Declárase la nulidad de la Resolución número 033 expedida por el señor Procurador General de la Nación el 16 de octubre de 1985, "por medio de la cual se precisa la vigilancia disciplinaria de la Procuraduría General sobre el Banco de la República".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que el fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en su reunión celebrada el día 17 de julio de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa; *Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Fantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MEDIOS DE COMUNICACION. ESPACIOS DE COMUNICACION. DIFUSION DE PROGRAMAS DE LOS PARTIDOS POLITICOS REGISTRADOS. USO GRATUITO.

El uso gratuito de los medios de comunicación sólo puede beneficiar a los "CANDIDATOS PRESIDENCIALES DEBIDAMENTE INSCRITOS, por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral", como lo decidió este organismo con fundamento en el artículo 17 de la Ley 58 de 1985.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiuno de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor Nelson Zuluaga Ramírez, Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 224. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Enrique Agudelo Pino.

El señor Luis Enrique Agudelo Pino, obrando a través de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, solicita se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución número 25 de 1º de abril de 1986 y en la comunicación distinguida con el número 3133 de 9 del mismo mes y año, originarios ambos del Consejo Nacional Electoral.

Los actos acusados:

Mediante la Resolución número 25 de 1º de abril de 1986, "por la cual se regula el uso gratuito de los espacios en los medios de comunicación del Estado por los candidatos presidenciales", el Consejo Nacional Electoral, "en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1985", dispuso: "Los candidatos presidenciales debidamente inscritos ante el Registrador Nacional del Estado Civil por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral, tendrán derecho a exponer sus tesis y programas por la Cadena Uno de la Televisión Nacional en cuatro (4) espacios, de veinte (20) minutos de duración cada uno, que se transmitirán semanalmente entre el 21 de abril y el 16 de mayo de 1986".

En comunicación distinguida con el número 3133 de 9 de abril del mismo año, dirigida por el Registrador Nacional del Estado Civil, en

su carácter de Secretario del Consejo Nacional Electoral, al señor Luis Enrique Agudelo Pino, candidato presidencial del Partido Demócrata Cristiano, se dice:

"En relación con su solicitud del 7 de abril sobre espacios de televisión, informo a usted que el Consejo Nacional Electoral tuvo ocasión de estudiarla en su sesión de ayer.

"La regulación de los espacios de televisión para los candidatos a la Presidencia está ya consagrada en la Resolución número 25 proferida el día 1º del corriente mes por el mencionado Consejo.

"Es cierto que el Consejo reglamentó en forma separada los espacios de los partidos y los de los candidatos. Ello no desvirtúa la íntima relación que existe entre los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1985, la cual no sólo se desprende de la alusión expresa que hace el segundo de ellos al primeramente citado, sino de la consideración general y sistemática de la ley referida, que tiene por objeto regular el régimen de los partidos mediante la expedición del estatuto que les es propio.

"Como consecuencia de ello, el Consejo reafirmó el criterio expresado en la resolución aludida: Las ventajas que se derivan de las normas invocadas por usted se refieren a los partidos reconocidos; entre ellos, la de usar los espacios de televisión y radio de propiedad del Estado bien mediante la difusión de programas institucionales, ora presentando a sus candidatos presidenciales".

La demanda:

Refiere el actor que, previo el lleno de los requisitos previstos en el artículo 159 de la Ley 28 de 1979 se inscribió el 7 de abril de 1986 ante el Registrador Nacional del Estado Civil como candidato a la Presidencia de la República, jurando pertenecer al Partido Demócrata en vista de lo cual solicitó al Consejo Nacional Electoral se le concedieran espacios en la televisión, al igual que a los demás candidatos a la Presidencia de la República, habiéndosele negado la petición, conforme a los actos acusados, por lo cual "se le coloca en inferioridad frente a los otros candidatos a la Presidencia de la República, al desconocérsele un claro derecho que le otorga la ley".

Como normas superiores violadas por los actos acusados, se citan, con el correspondiente concepto de la violación, las siguientes:

1º Los artículos 10, 11, 15 y 20 de la Constitución Nacional, por cuanto "que al establecer el Consejo Nacional Electoral diferencias entre los candidatos a la Presidencia de la República por el hecho de estar afiliado o no a un partido cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral, como reza el artículo 1º de la Resolución 25 de 1986, para otorgar a unos y a otros no, una garantía de tipo político automáticamente está limitando el derecho de unos ciudadanos a ser elegidos, restricción esta que no está consagrada siquiera en el estatuto de los partidos".

2º "Los artículos 2º y 5º de la Ley 28 de 1979. El primero recoge el precepto del artículo 15 de la Constitución que, como ya vimos,

consagra el derecho de todos los ciudadanos a ser elegidos; y el segundo, predicando imparcialidad de las autoridades electorales, dispone el otorgamiento de plenas garantías a los ciudadanos en el proceso electoral, así como que la actuación de las autoridades debe conducir a que ningún partido o grupo pueda derivar ventajas sobre los demás".

3º "El artículo 1º, numerales 1º, 3º y 4º de la Ley 96 de 1985, que pretende asegurar que las votaciones traduzcan la 'expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos', a cuya finalidad ofrece criterios de interpretación, que también son violados".

4º "...las disposiciones acusadas violan la Ley 74 de 1968, la cual en su artículo único aprobó varios pactos internacionales, entre ellos, el 'Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos', en el cual se consagran el compromiso a respetar y garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos en el pacto, el derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas y la igualdad de todas las personas ante la ley y el derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

5º "El artículo 18 de la Ley 58 de 1985, que consagra el derecho para todos los candidatos a la Presidencia de la República, sin excepción de usar gratuita e igualitariamente, espacios de televisión para exponer sus tesis y programas". Añade que la motivación de los actos acusados, relativa a la "íntima relación que existe entre los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1985", es equivocada, ya que "mientras 'el artículo 17 de la Ley 58 de 1985 otorga espacios de radio y televisión para los partidos políticos o agrupaciones registrados', el artículo 18 suprime esta condición, y concede el derecho a los 'candidatos a la Presidencia de la República' sin agregar nada más. Si la ley hubiera querido establecer alguna limitación en el artículo 18 lo habría hecho tal como sucedió en el artículo 17".

Alegato del actor:

A manera de alegato de conclusión, presentó el demandante, a folio 35, un breve escrito, en el cual se remite a lo ya dicho en el concepto de la violación, recabando una "especial atención sobre el numeral 5, donde se cotejan los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1986, para establecer no sólo sus diferencias sino los verdaderos alcances interpretativos de los mismos".

Concepto fiscal:

Concordando en un todo con los planteamientos de la demanda, sostiene el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo "que el artículo 17 de la Ley 58 de 1985 se refiere a que los distintos grupos o partidos inscritos puedan, como tales, hacer uso de la televisión nacional para sus campañas electorales y el artículo 18 a que todos los potenciales Presidentes de la República pueden hacer uso del derecho a utilizar los canales de la televisión nacional independiente (sic) de que pertenezcan o no a un partido reconocido, pues para este Despacho es candidato a la primera magistratura del Estado el ciudadano que por cumplir con los requisitos constitucionales y

legales es inscrito como tal y de esas inscripciones necesariamente surge una condición de igualdad absoluta ante los electores que por ser pilar fundamental del derecho constitucional a elegir y ser elegido no puede ser conculcada mediante normas que como las que fueron objeto de demanda en el presente proceso". Concluye el señor agente del Ministerio Público que todos los cargos "llevan a la irrefutable conclusión de que" los actos acusados "son abiertamente ilegales e inconstitucionales", por lo cual "es partidario de que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

Se fundamentan exclusivamente los actos acusados (Resolución número 25 de 1º de abril de 1986 y comunicación con número 3133 de 9 del mismo mes y año originarios ambos del Consejo Nacional Electoral) en los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1985. Es por consiguiente el denunciado quebranto de estas disposiciones el que debe estudiarse en primer lugar. Primero, por cuanto son ellas las que regulan en forma inmediata la materia de que se trata. Y segundo, porque sólo la infracción de ellas podría dar lugar, en forma indirecta, a la violación de las restantes normas legales y constitucionales que relaciona el concepto de la violación. Reza pues la primera de las normas citadas:

"De conformidad con la reglamentación que para el efecto expida la Corte Electoral, los partidos o agrupaciones registrados podrán disponer gratuitamente de espacios en los medios de comunicación del Estado para difundir sus principios y programas, sus realizaciones y sus opiniones sobre temas de interés nacional".

Y el artículo 18 dispone: "La televisión y las emisoras oficiales se abstendrán de difundir propaganda política distinta de la prevista en el artículo anterior. No obstante, dentro de los treinta (30) días anteriores a las elecciones presidenciales, los medios de comunicación social del Estado destinarán espacios para que los candidatos a la Presidencia de la República expongan sus tesis y programas. La Corte Electoral establecerá para cada debate el número y duración de dichos espacios y los distribuirá gratuitamente entre los distintos candidatos".

Sin esfuerzo alguno puede apreciarse la íntima conexión existente entre las dos disposiciones transcritas. Al paso que la primera sienta la regla general de la gratuidad de los espacios en los medios de comunicación del Estado para la difusión de programas de los partidos o agrupaciones registrados, la siguiente regula la forma como opera dicha disposición gratuita en favor de los candidatos presidenciales en la etapa preelectoral.

Que el uso gratuito de los mencionados medios de comunicación sólo puede beneficiar a los "candidatos presidenciales debidamente inscritos... por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral", como lo decidió este organismo con fundamento en el artículo 17 de la Ley 58 de 1985, es una conclusión que hay que acoger sin reserva alguna, por las siguientes razones:

1ª Por la estrecha dependencia en que se halla el artículo 18 citado frente al anterior, lo que se evidencia por la expresa cita que en tal norma se hace del artículo 17.

2ª Por razones de índole práctica. Piénsese si no en la proliferación de candidaturas presidenciales que brotan al amparo de nuestro sistema democrático, muchas de ellas a título exclusivamente personal o con un exiguo o inexistente respaldo colectivo, situaciones que no justifican en forma alguna la gratitud de los servicios de comunicación oficiales en igualdad de condiciones con agrupaciones partidistas de viejo cuño o de honda raigambre popular. Al disponerse que la candidatura presidencial esté avalada por "partidos o agrupaciones" con personería jurídica reconocida, se le está exigiendo un mínimo de seriedad a la candidatura, como requisito *sine qua non* para que amerite el respaldo de los medios estatales implícito en el artículo 18 en estudio.

Como la anterior interpretación tiene pleno respaldo jurídico en los susodichos artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1985, es obvio que no puede darse por tal motivo el quebranto de las restantes normas de que da cuenta el concepto de la violación, que en manera alguna tratan del asunto regulado en los actos acusados. No prospera en consecuencia el cargo que contra estos se formula en la demanda.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 17 de julio de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa; *Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MARCAS. REGISTRO (Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena [illegible] de la legislación nacional por Decreto 1419 de 25 [illegible] de 1978, y los artículos 584, inciso 1º y 586, inciso 1º del Código de Comercio). NULIDAD.

El derecho a REGISTRO, se aplica a las marcas que se [illegible] y registradas o protegidas por uno de los Estados [illegible] de la Convención y que se pretendan registrar o [illegible] en otro u otros de los Estados contratantes.

[illegible] 2º de la Convención Interamericana de Protección Marcaria y Comercial de Washington aprobada por la Ley 59 de [illegible] marzo de 1936 en sus numerales 1, 2 y 6.

2. Artículos 56 y 58 literal f) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena aprobada por el Decreto 1900 de 1973.

3. Artículos 584 y 586 ordinal 1º del Código de Comercio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección [illegible] – Bogotá, D. E., veintinueve de julio de mil novecientos [illegible] y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

[illegible] Myriam Guerrero de Escobar, Auxiliar auxiliar.

Referencia: Proceso número 176. Actor: Kennametal Inc.

Adelantado el procedimiento de reconstrucción previsto por el Decreto número 3825 de 27 de diciembre de 1985 para los procesos desaparecidos con ocasión de los sucesos del 5 y 6 de noviembre de 1985 del Palacio de Justicia, se procede a decidir la demanda que en acción de plena jurisdicción instauró la sociedad Kennametal Inc. con la finalidad de obtener se declare la nulidad de las Resoluciones números 2589 de 21 de julio de 1980, 4149 de 18 de diciembre de 1981 y 0545 de 29 de marzo de 1983, las dos últimas en cuanto concierne a su artículo primero, proferidas todas ellas por la Superintendencia de Industria y Comercio, Ministerio de Desarrollo Económico y se declare que la marca solicitada sí tiene las características exigidas para ser registrada en la División de Propiedad Industrial de tal entidad.

Antecedentes:

A. La demanda.

1. La sociedad Kennametal Inc., en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagraba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, formuló las siguientes peticiones:

a) Se decrete la nulidad de la Resolución número 2589 de 21 de julio de 1980, mediante la cual el Ministerio de Desarrollo Económico, Superintendencia de Industria y Comercio, por intermedio de la División de Propiedad Industrial, negó el registro de la marca "K" a favor de la demandante;

b) Se decrete la nulidad del artículo primero de la Resolución número 4149 de 18 de diciembre de 1981, por medio de la cual el Ministerio de Desarrollo Económico, Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, negó la revocatoria de la Resolución número 2589 antes mencionada;

c) Se decrete la nulidad del artículo 1º de la Resolución número 0545 de 29 de marzo de 1983, mediante la cual el Ministerio de Desarrollo Económico por intermedio de la Superintendencia de Industria y Comercio, resolvió confirmar las Resoluciones números 2589 y 4149 antes citadas;

d) De conformidad con el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo —Ley 167 de 1941—, hoy artículo 170, inciso segundo, del Decreto 01 de 1984, se declare que la marca solicitada sí tiene las características de ser novedosa, especial y distintiva y que en consecuencia se ordene el registro de ella en la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico.

2. Como hechos de la demanda se aducen en síntesis los siguientes:

a) En escrito presentado el 29 de agosto de 1978 ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, la demandante solicitó el registro de "la marca de producto consistente en la figura de la letra 'K', caracterizada porque sus trazos son muy gruesos y el trazo derecho tiene la figura de punta de flecha y se sobrepone sobre el trazo izquierdo, solicitud presentada para distinguir máquinas y máquinas herramientas; motores (excepto para vehículos terrestres); acoplamientos y correas de trasmisión (excepto para vehículos terrestres); grandes instrumentos para la agricultura, incubadoras, artículos de la clase 7 del Decreto 755 de 1972";

b) Mediante auto de 17 de abril de 1979, la División de Propiedad Industrial dispuso que la marca solicitada no es susceptible de registro, al tenor de lo dispuesto por el artículo 58 literal f) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, auto que fue recurrido según memorial de 15 de mayo de 1979;

c) En Resolución número 2589 de 21 de julio de 1980, la División de Propiedad Industrial negó el registro de la letra "K" para amparar productos de la clase 7 del Decreto 755 de 1972, aduciendo que dicha solicitud (expediente número 176181) es confundiblemente semejante con la letra "K" (etiqueta) registrada a nombre de persona distinta;

d) En escrito de 11 de agosto de 1980 interpuso la interesada recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución número 2589 notificada el 1º de agosto de 1980;

e) En Resolución número 4149 de 18 de diciembre de 1981, la División de Propiedad Industrial desató el recurso de reposición negando, en su artículo primero el registro de la marca y en su artículo segundo, concediendo el recurso de apelación en el efecto suspensivo;

f) En escrito presentado el 8 de marzo de 1982 sustentó la recurrente el recurso concedido, el cual fue desatado por Resolución número 0545 de 29 de marzo de 1983, que en su artículo primero confirma las Resoluciones números 2589 y 4149, en su artículo segundo, declara agotada la vía gubernativa y en el tercero, ordena devolver las diligencias a la oficina de origen para lo de su cargo.

3. Como normas violadas y concepto de violación de las mismas plantea la actora, en resumen, lo siguiente:

a) Los artículos 56 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, asimilada a legislación nacional mediante Decreto 1190 de 1978 y 584 del Código de Comercio, según los cuales los signos que se usen como marcas deben ser novedosos, visibles, suficientemente distintivos y citan entre ellos letras, cifras y combinaciones o disposiciones de colores y cualquier otro signo que sea distintivo, agregando que para apreciar la distintividad que posea el signo, se tendrán en cuenta las circunstancias especiales que concurran en él, citando como ejemplo la duración del uso del mismo en calidad de marca en Colombia o en otros países o que se considere distintivo en los medios comerciales nacionales o extranjeros.

Una simple letra o un simple número pueden ser objeto de registro en favor de varias personas, si en cada caso la letra o el número de que se trata tienen una apariencia especial y característica que los haga diferentes o distintivos unos de otros, o están acompañados de trazos o figuras que les den una apariencia novedosa.

La marca consistente en la letra "K" a que se refiere el Certificado número 81303 que se citó como antecedente para no acceder al registro de la marca solicitada, se refiere únicamente a una letra "K" en caracteres mayúsculos y con la única característica especial de que se halla encerrada dentro de un rectángulo.

La marca solicitada en su figura total da la idea de la letra "K", pero el sector izquierdo de la figura se halla constituido por un rectángulo de fondo oscuro, en cuya parte central se inserta una figura asaetada o en forma de flecha de costados gruesos, fondo claro y rodeada por una línea de color oscuro.

Además el ordinal (sic) segundo del artículo 584 del Código de Comercio determina que debe apreciarse un signo para ser distintivo, por el hecho de que se encuentre usado o registrado como marca en algún país distinto a Colombia o que se ha tenido como distintivo en medios nacionales o extranjeros, lo que se demostró para este caso ante la División de Propiedad Industrial, según escrito de 6 de agosto de 1981, ya que la marca solicitada se encontraba amparada en los Estados Unidos de América por el Certificado de Registro número 841201 de 26 de diciembre de 1967 y también se demostró que la Oficina de Patentes de los Estados Unidos con posterioridad al registro anterior, registró la misma marca con la característica adicional

de que la letra "K" se encuentra rodeada por un rectángulo, según consta en Certificado número 1016525 concedido el 22 de julio de 1975 a nombre de la sociedad Koehring Company;

b) Artículo 3º, ordinales 1º, 2º y 6º, de la Convención Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial de Washington, ratificada mediante Ley número 59 de 1936, ya que la marca solicitada es un diseño totalmente diferente y distintivo, que hace imposible que puedan violarse derechos adquiridos por el propietario de la marca —letra "K"—, amparado por el Certificado número 81303.

La letra "K" es precisamente la letra inicial de la solicitante —Kennametal Inc.— y al negarse el registro, desconociendo el ordinal 6º citado, se deja de tener en cuenta que la marca tiene entre sus elementos distintivos principales, una parte esencial del nombre de la peticionaria.

B. Los alegatos de conclusión.

1. La parte demandante argumentó en síntesis, lo siguiente:

a) Los artículos 56 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y 584 del Código de Comercio determinan que los signos que se usen como marcas deben ser novedosos, visibles y suficientemente distintivos y la última norma agrega que para apreciar la distintividad de un signo, se tendrán en cuenta las circunstancias especiales que concurran en él y cita como ejemplo especial la duración del uso que cada signo haya tenido en calidad de marca, tanto en Colombia como en otros países.

Para establecer que la marca "K", está formada de manera que la haga distintiva de otras letras "K" se determinó en la solicitud de registro de ella, que se encuentra formada en el sector izquierdo "por un rectángulo de fondo oscuro, en cuya parte central se inserta una figura asaetada o en forma de flecha, de costados gruesos, fondo claro y rodeada por una línea de color oscuro".

De otra parte, para demostrar la duración del uso que este signo ha tenido en otros países, se aportó el Certificado de Registro número 841201 de 26 de diciembre de 1967, expedido por la Oficina de Patentes de los Estados Unidos de América, válido por el término de veinte (20) años, que corresponde al registro de la letra "K" concedido a favor de la demandante y que es anterior al Certificado de Registro otorgado por la misma Oficina de Patentes de los Estados Unidos de Norteamérica a la sociedad Koehring Company, cuyo registro anterior en Colombia ha sido la razón fundamental para que la Administración haya negado el registro de la marca de la letra "K" a favor de Kennametal Inc., sin tener en cuenta que el signo solicitado había sido registrado con anterioridad en los Estados Unidos y que aquél es simplemente una letra "K" enmarcada en un rectángulo registrada en 1975 y que la marca registrada casi ocho (8) años antes es una letra "K" pero formada en su sector izquierdo por un rectángulo de fondo oscuro, en cuya parte central se inserta una figura asaetada o en forma de flecha, de costados gruesos, fondo claro y rodeada de una línea de color oscuro.

Al comparar los registros números 81303 expedido por la División de Propiedad Industrial a favor de la sociedad Koehring Company y 1016525 expedido el 22 de julio de 1975 por la Oficina de Patentes Americana a favor de la misma sociedad, se ve que en los dos registros la figura de la letra "K" es exactamente igual y que ella consiste simplemente en la figura de tal letra de trazos gruesos y solamente distintiva en cuanto se encuentra enmarcada por un rectángulo, mientras que la letra "K" solicitada por la actora sí es realmente característica y distintiva;

b) No es posible el registro de una simple letra, porque no es por sí misma característica y porque su registro implicaría la apropiación de esa letra por una sola persona. Lo mismo se predica de los números o cifras aisladas, pero sí lo es si a la letra, número o cifra se agregan signos distintivos o característicos, tal como lo comprueban los Certificados de Registro que se aportaron al expediente en relación con las letras "R", "V", "M", "C" y con la misma letra "K".

Además la letra "K" hace parte del nombre comercial de la actora, pues es su letra inicial, de donde el registro procede por tratarse de la letra "K" en la forma característica ya indicada y por ser parte esencial del nombre de la demandante;

c) El registro de la letra "K" fue efectuado en los Estados Unidos varios años antes del registro de la misma letra a favor de Koehring Company, sin embargo, por un largo lapso —desde julio de 1975—, las dos marcas han coexistido en el mercado.

2. La parte demandada no hizo pronunciamiento alguno durante el traslado para formular alegatos de conclusión.

D. El concepto de la Fiscalía:

Considera el señor Fiscal deben prosperar las súplicas de la demanda y para ello argumenta, así:

a) El primero de los actos cuestionados, la Resolución número 2589 de 21 de julio de 1980, en su segundo Considerando expresa:

> "2. Que a juicio del Despacho, la letra 'K' (en etiqueta) objeto de las presentes diligencias, es confundiblemente semejante con la letra 'K' (etiqueta) registrada a nombre de distinta persona".

Expone el señor Fiscal al respecto: "Destaca este Despacho que en la fecha indicada (julio 21 de 1980), se estaba afirmando por parte de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que se ha transcrito; pero con fecha 25 de agosto del mismo año, es decir, un mes largo después, el Jefe de Registro de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, expuso lo siguiente:

> "No se encuentra registrada como marca la letra 'K' (etiqueta) conforme a la solicitud presentada, para amparar productos comprendidos en la clase 7ª del Decreto 755 de 1972. Ni su correspondiente al Decreto 1707 de 1931.

"Según certificado número 81303, se halla registrada y vigente hasta marzo 14 de 1984 a favor de la sociedad 'Koehring Company', domiciliada en Milwaure, Estado de Wisconsin, Estados Unidos de América. El registro de la marca consiste en una etiqueta con la letra 'K', en la letra de imprenta común dentro de un cuadrado para ser usado en cualquier tamaño, color o combinación de colores, que distingue: 'Aparatos e instrumentos científicos, náuticos, geodésicos, eléctricos (incluso la radio, fotográficos, cinematográficos, ópticos, de pesar, de medir, de balizamiento, de control inspección), de socorro (salvamento) y de enseñanza; aparatos automáticos que se ponen en marcha mediante la introducción de una moneda o de una ficha, máquinas parlantes, cajas registradoras, máquinas de calcular, aparatos extintores, productos comprendidos en la clase 7ª del Decreto 755 de 1972'.

"La 'etiqueta' a que hace referencia el anterior informe es distinta a la presentada en esta diligencia".

"Pues bien, conforme a este informe la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio concedió el registro de la marca 'K' solicitada por la firma o sociedad Koehring Company por haberse encontrado 'comprobada la diferencia existente entre la etiqueta solicitada y la registrada con el certificado número 81303, admítese la presente solicitud' (fl. 60), afirmación esta que fue dada por la Administración con fecha 13 de noviembre de 1980, cuando el 21 de julio había dicho algo completamente diferente, y aplicado el literal f) del artículo 58 de la Decisión 85, porque la letra 'K' (en etiqueta) 'es confundiblemente semejante con la letra «K» (etiqueta) registrada a nombre de diferente persona' " (fl. 16).

"Pero, encuentra este Despacho a folio 54 un parangón hecho por el señor apoderado de la actora, cuando interpuso oposición contra la solicitud de registro de la marca 'K' presentada por la sociedad Koehring Company, que entre otras cosas la Administración no tuvo en cuenta o la pasó por no hecha, en la cual la diferencia es sustancial (para este Despacho), pero que la División de Propiedad Industrial encontró identidad entre una y otra, pues al decidir sobre la solicitud presentada por la actora —que en el tiempo fue primero—, como ya se vio negó la solicitud porque 'es confundiblemente semejante con la letra «K» (etiqueta) registrada a nombre de distinta persona', y no obstante esto, en sólo algo más de 30 días, cambia su criterio cuando al informar para la solicitud presentada tan solo el 21 de marzo de 1980 (la de la actora fue presentada el 29 de agosto de 1978, expresa: *'La «etiqueta» a que hace referencia el anterior informe es distinta a la presentada en esta diligencia.'..*" (sic).

b) Existen rasgos que diferencian sustancialmente las dos letras "K" para distinguir los productos de marca de las sociedades Kennametal Inc. y Koehring Company y, por ello pueden subsistir en el mismo mercado. Tan cierto es esto, que en un país como los Estados Unidos de América, en donde la técnica hace posible todo, no ha sido óbice para que las dos etiquetas estén amparadas por las normas de seguridad industrial, en cuanto a marcas se refiere.

Consideraciones:

I. Se hallan plenamente establecidos en el proceso, como se concluye del análisis del acervo probatorio incorporado en él, los siguientes hechos que fueron aducidos como fundamento de las pretensiones de la demanda:

a) Solicitud de registro de "la marca de productos consistente en la figura de la letra 'K', caracterizada porque sus trazos son muy gruesos y el trazo derecho tiene la figura de punta en flecha y se sobrepone sobre el trazo izquierdo, para distinguir máquinas y máquinas herramientas; motores (excepto para vehículos terrestres); acoplamientos y correas de trasmisión (excepto para vehículos terrestres); grandes instrumentos para la agricultura, incubadoras, clase 7 del Decreto 755 de 1972", presentada por la sociedad Kennametal Inc., con domicilio en Latrobe, Pennsylvania, Estados Unidos de América, ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio con fecha 29 de agosto de 1978 (fls. 59 y 163 letra 'a');

b) Expedición del auto de 17 de abril de 1979 por la División de Propiedad Industrial en el que se dispuso que la marca solicitada no es susceptible de registro, a tenor de lo dispuesto por el artículo 58 literal f) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena (fls. 23, 61 y 162 letra 'c'), e interposición de recurso con la finalidad de que la decisión fuera reconsiderada (fls. 24 y 25, 62 y 63 y 162 letra 'd');

c) Expedición de la Resolución número 2589 de 21 de julio de 1980 por la División de Propiedad Industrial, en la cual se negó el registro de la marca solicitada, por considerarla confundiblemente semejante con la registrada a nombre de distinta persona (fl. 171 y 172 y 165, punto III, letra 'a');

d) Interposición de los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución número 2589 (fls. 27 a 33, 65 y 66, 79 a 83 y 162 letra 'e');

e) Expedición de la Resolución número 4149 de 18 de diciembre de 1981 por la División de Propiedad Industrial, por medio de la cual se desató el recurso de reposición confirmando la providencia impugnada y concediendo el recurso de apelación (fls. 173 a 176 y 166 letra 'b');

f) Sustentación del recurso de apelación y expedición de la Resolución número 0545 de 29 de marzo de 1983 en la que se confirmaron las Resoluciones números 2589 y 4149 y se declaró agotada la vía gubernativa (fls. 177 y 178 y 166 letra 'c').

II. De las peticiones de la demanda, de los hechos que les sirven de fundamento en armonía con el material probatorio allegado al proceso y de las normas que se invocan como violadas, se deduce que en el caso *sub lite* el debate se centra en torno a la dilucidación sobre la debida e indebida aplicación de los artículos 3º, numerales 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial de Washington, ratificada por la Ley número 59 de 1936; 56 y 58

literal f) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, incorporada a la legislación nacional por Decreto número 1190 de 1978; 584 y 586 ordinal 1º del Código de Comercio.

El artículo 3º de la Convención Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial de Washington aprobada por la Ley 59 de 25 de marzo de 1936 en sus numerales 1, 2 y 6, es del siguiente tenor literal:

"*Artículo 3º* Toda marca debidamente registrada o legalmente protegida en uno de los Estados contratantes será admitida a registro o depósito, y protegida legalmente en los demás Estados contratantes, previo el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por la ley nacional de dichos Estados.

Podrá negarse o cancelarse el registro o depósito de marcas:

1. Cuyos elementos distintivos violen los derechos previamente adquiridos por otra persona en el país donde se solicite el registro o depósito.

2. Que estén desprovistas de todo carácter distintivo, o consistan exclusivamente en palabras, signos o indicaciones que sirven en el comercio para designar la clase, especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen de los productos, época de producción, o que son o hayan pasado a ser genéricas o usuales en el lenguaje corriente, o en la costumbre comercial del país al tiempo en que se solicite el registro o depósito, cuando el propietario de la marca las reivindique o pretenda reivindicarlas, como elementos distintivos de la misma. Para determinar el carácter distintivo de una marca, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias existentes, en especial la duración del uso de la marca, y si dicha marca ha adquirido de hecho en el país en que se solicite el depósito, registro o protección, una significación distintiva de la mercancía del solicitante.

6. Que tengan entre sus elementos distintivos principales, frases, nombres o lemas que constituyan el nombre comercial o la parte esencial o característica del mismo, perteneciente a alguna persona dedicada a la fabricación, comercio o producción de artículos o mercancías de la misma clase a que se destine la marca, en cualquiera de los demás países contratantes".

Los artículos 56 y 58 literal f) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena aprobada por el Decreto 1900 de 1973, rezan textualmente:

"Artículo 56. Podrán registrarse como marcas de fábrica o de servicios los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos".

"Artículo 58. No podrán ser objeto de registro como marcas:

f) Las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase".

Los artículos 584 y 586 ordinal 1º del Código de Comercio disponen lo siguiente:

"Artículo 584. Podrán emplearse como marcas denominaciones arbitrarias o de fantasía, palabras de cualquier idioma, nombres propios, seudónimos, nombres geográficos, frases de propaganda, dibujos, relieves, letras, cifras, etiquetas, envases, envolturas, emblemas, estampados, timbres, viñetas, sellos, orlas, bandas, las combinaciones o disposiciones de colores y cualquier otro signo que sea distintivo.

Para apreciar si el signo es distintivo se tendrán en cuenta las circunstancias especiales que concurran como la duración del uso del mismo en calidad de marca en Colombia o en otros países, o que se considere distintivo en los medios comerciales nacionales o extranjeros".

"Artículo 586. Tampoco podrán registrarse como marcas:

1º Las que se asemejen, en forma que puedan inducir al público a error, a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, o solicitada posteriormente con reivindicación válida de una prioridad, para los mismos productos o servicios, o para otros similares".

III. A la luz del artículo 56 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena son materia de registro como marcas de fábrica o de servicios los signos que reúnan tres características, cuales son: Ser novedosos, visibles y suficientemente distintivos y el artículo 58 *ibídem* en sus once literales, entre ellos el literal f) invocado en los actos acusados, contempla una serie de situaciones que de poderse atribuir al signo, imposibilitan su registro como marca. Y esto en consonancia con el artículo 584 inciso 1º y 586 ordinal 1º del Código de Comercio.

En informe rendido el 5 de octubre de 1978 por la Jefatura de Registro (fls. 22 y 162 letra 'b'), en auto de 17 de abril de 1979 (fls. 23 y 162 letra 'c'), en la Resolución número 2589 de 21 de julio de 1980 (fls. 171 y 172 y 165 punto III, letra 'a'), en la Resolución número 4149 de 18 de diciembre de 1981 (fls. 173, 174 y 166 letra 'b') y en la Resolución número 0545 de 29 de marzo de 1983 (fls. 177 y 178, 166 letra 'c'), es decir, en todos los actos materia de impugnación en el caso *sub lite* y en los antecedentes de los mismos, se invoca como fundamento para negar el registro de la marca solicitada el hecho de que ella es confundible con otra ya registrada, se trata de la distinguida con el Certificado de Registro número 81303 expedido en Colombia a favor de Koehring Company que ampara productos de la clase 7ª del Decreto 755 de 1972 (fls. 22 y 162 letra 'b'), lo que da lugar, en el entender de la División de Propiedad Industrial, a la aplicación del literal f) del artículo 58 antes citado. En otras palabras, en ellos se acepta que el signo solicitado como marca reúne las exigencias de ser novedoso y visible, pero no lo suficientemente distintivo como para no confundirse con otra ya registrada a nombre de un tercero, que ampara productos comprendidos en una misma clase.

De la solicitud de registro y de las providencias antes mencionadas, especialmente de la primera de ellas, se desprende que el signo cuyo registro se solicita corresponde a la siguiente descripción:

Figura de la letra "K", caracterizada porque sus trazos son muy gruesos y el trazo derecho tiene la figura de punta en flecha y se sobrepone sobre el trazo izquierdo, descripción que aparece reproducida figurativamente en varios de los documentos que obran al proceso (fls. 25, 56, 42, 53, 54, 63, 76 y 104) y que fueron tenidos como prueba en auto de 28 de agosto de 1986 (fls. 161 a 168 y en especial 162 letra 'd' y 163 letras 'g', 'h' y 'j').

El signo registrado como marca y amparado por el Certificado número 81303 a favor de Koehring Company, tal como se desprende de los mismos documentos antes citatdos, corresponde a la siguiente descripción y características:

Figura de la letra "K" mayúscula, en trazos gruesos, fondo oscuro y encerrada en un rectángulo.

Las descripciones antes relacionadas y la visualización de las respectivas figuras o signos, llevan a la Sala a la conclusión de que si bien es cierto que los signos registrados el uno bajo el Certificado número 81303 a favor de Koehring Company y solicitado, el otro por la demandante Kennametal Inc., consisten en la figura de la letra "K", son entre sí perfectamente diferenciables de manera tal que cada uno de ellos posee identidad propia y por tanto son distintivos, razón para que no pueda predicarse que son confundibles entre sí y que de operarse el registro del segundo de ellos para amparar productos de la misma clase (7ª) del Decreto 755 de 1972 que el primero protege, se induciría al público consumidor a engaño o confusión, configurándose así la situación prevista en el literal f) del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, como lo afirman las Resoluciones impugnadas.

Por lo antes expuesto, estima la Sala se ha incurrido en violación de los artículos 56 y 58 literal f) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena incorporada a la legislación nacional por Decreto número 1190 de 26 de junio de 1978 y los artículos 584, inciso 1º, y 586 inciso 1º del Código de Comercio.

IV. El artículo 3º de la Convención Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial de Washington, que por el actor se afirma infringido, en sus numerales 1, 2 y 6, y en armonía con el artículo 584 inciso 2º del Código de Comercio, no son aplicables al caso *sub júdice*, pues tales normas parten del supuesto de que la protección marcaria y por tanto, el derecho a registro, se aplica a las marcas que ya se encuentren registradas o protegidas por uno de los Estados firmantes de la Convención y que se pretendan registrar o depositar en otro u otros de los Estados contratantes. Si bien Colombia y Estados Unidos de América suscribieron dicha Convención, como ya se anotó anteriormente, la marca registrada en los Estados Unidos de América bajo el Certificado número 841201 (fl. 32), no es exactamente la misma cuyo registro se pretende en Colombia por la demandante.

En efecto, si se compara una y otra marca se advierte fácilmente que la flecha que se inserta en el rectángulo izquierdo de la del caso de autos ofrece trazos gruesos en su borde y en cambio el trazo de la flecha en la marca americana presenta una línea simple (fls. 29 y 162 letra 'c', 32, 53, 54, 163 letra 'h').

V. Se abstiene la Sala de analizar los planteamientos aducidos por el señor Fiscal Primero y a los que hace relación en la letra a) del aparte correspondiente de este fallo, en razón a que los hechos allí expuestos no son materia de controversia de esta demanda, es decir, no se presentaron como sustento de las pretensiones, ni se invocaron a este efecto normas presuntamente violadas que los contemplen.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su colaborador Fiscal aunque por razones distintas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

I. Declárase la nulidad de la Resolución número 2589 de 21 de julio de 1980, proferida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio —Ministerio de Desarrollo Económico—, por medio de la cual se negó la solicitud de registro de la letra "K" (etiqueta) formulada por la sociedad Kennametal Inc., para amparar productos de la clase 7ª del Decreto 755 de 1972.

II. Declárase la nulidad del *artículo primero* de la Resolución número 4149 de 18 de diciembre de 1981, proferida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio —Ministerio de Desarrollo Económico—, por medio de la cual no se accedió a revocar la Resolución número 2589 de 21 de julio de 1980.

III. Declárase la nulidad del *artículo primero* de la Resolución número 0545 de 29 de marzo de 1983, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio —Ministerio de Desarrollo Económico—, por medio de la cual se decidió confirmar las Resoluciones números 2589 de 21 de julio de 1980 y 4149 de 18 de diciembre de 1981 de la División de Propiedad Industrial de esa Superintendencia.

IV. Declárase que la marca solicitada por la sociedad Kennametal Inc., ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio —Ministerio de Desarrollo Económico— para amparar productos de la clase 7ª del Decreto 755 de 1972, consistente en la figura de la letra "K" caracterizada porque sus trazos son muy gruesos y el trazo derecho tiene la figura de punta en flecha y se sobrepone sobre el trazo izquierdo a que se refiere el expediente número 176181 de la División de Propiedad Industrial, tiene las características de ser novedosa, especial y distintiva, tal como lo requieren los artículos 56 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena incorporada a la legislación nacional por Decreto 1190 de 1978 y 584 inciso primero del Código de Comercio.

V. Ordénase, previa observancia del procedimiento previsto para ello, el registro de la marca antes descrita en la División de Propiedad

Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio —Ministerio de Desarrollo Eeconómico—, a favor de la sociedad Kennametal Inc.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de 17 de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa legal; *Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

REMESA DE UTILIDADES DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS.

Es del 20% sobre el valor neto de la inversión extranjera pero no puede hacerse sobre utilidades determinadas en balances semestrales, sino en el anual consolidado al 31 de diciembre.

La remesa de utilidades obtenidas por los inversionistas extranjeros está sometida a dos propuestas o límites simultáneos: El cuantitativo y el conceptual. UTILIDADES NETAS COMPROBADAS. Concepto. No puede ser irrestricta la aplicación de normas del Código de Comercio sino supletiva y en cuanto sea compatible con los del Derecho Cambiario. UTILIDADES NETAS CON DERECHO A GIRO. Cabe destacar que la determinación de las "UTILIDADES NETAS" está supeditada a la de los impuestos correspondientes dentro de ellos el de renta, es el de mayor y especial influencia y éste no puede precisarse en el balance semestral. DIVIDENDOS. REPARTO (En el Código de Comercio).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., seis de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0124. Actor: Maizena S. A. Autoridades Nacionales.

La sociedad Maizena S. A., con domicilio en Bogotá presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Banco de la República —Oficina de Cambios— por la expedición de los Oficios números OCB-J-10251 del 30 de agosto y OCB-J-12893 del 25 de octubre de 1985.

Mediante tales actos fue negada la solicitud presentada por la compañía para que se le permitiera la transferencia "semestral" al exterior de las utilidades netas en su condición de inversionista extranjero, apoyándose en normas jurídicas que regulan la inversión extranjera y algunas disposiciones del Código de Comercio.

Además de la declaratoria de nulidad de los citados oficios, a título de restablecimiento del derecho, la actora pidió que se declarara que la empresa como receptora de inversión extranjera directa tiene derecho a que la Oficina de Cambios le autorice el giro al exterior y

a favor de sus accionistas extranjeros las utilidades netas generadas en cada ejercicio "semestral" sin pasar el 20% neto anual de la inversión extranjera registrada para los dos ejercicios sociales semestrales.

Cita como violadas las siguientes disposiciones:

De la Constitución Nacional los artículos 20 y 63 relativos a la responsabilidad de los funcionarios públicos por incumplir las funciones detalladas en ley o reglamento.

Del Código de Comercio los artículos 266, 420, 445, 451 y 455 relacionados con la formación de balances al final de cada ejercicio, la distribución de dividendos, su forma y pago.

Del Decreto 444 de 1967, los artículos 115 y 116 sobre remesas de utilidades a los inversionistas extranjeros.

El artículo 10 del Decreto 170 de 1977 (que sustituyó al 37 de la Decisión 24) sobre transferencia hasta del 20% anual de la inversión.

Los artículos 1º y 8º de la Resolución 17 de 1972 del COMPES sobre concepto de utilidades netas y derecho a remesar parte.

Considera que al COMPES corresponde establecer los límites de remesa de utilidades y a la Oficina de Cambios y a la Prefactura de Control de Cambios la de vigilar el ejercicio del derecho de remesarlas sin que le sea permitido establecer límites al determinar que solamente las provenientes de ejercicios anuales pueden gozar del derecho concedido por la ley.

Después de una ordenada exposición sobre cada una de las normas citadas y los sistemas que de ellas se deducen, concluye que:

> "Incurre la Oficina de Cambios del Banco de la República en una ostensible extralimitación de funciones (art. 20 de la C. N.) al pretender desconocer la legalidad de la distribución de utilidades a accionistas extranjeros con base en ejercicios sociales diferentes al anual y pretender que sólo un balance anual que consolide los diferentes ejercicios sociales (mensuales, bimestrales, trimestrales, semestrales) sean válidos para la distribución de utilidades sociales.
>
> "Negar a la sociedad el cumplimiento de su obligación para con el accionista en la fecha ordenada por la Asamblea de Accionistas, y al accionista el derecho subjetivo de recibir el dividendo en la misma fecha, constituye una clara y ostensible violación por parte de la Oficina de Cambios del Banco de la República del ordenamiento jurídico, hecho que acarrea graves perjuicios al accionista extranjero, ya que por efectos de la devaluación del peso colombiano frente al dólar *(hecho notorio que no requiere prueba —art. 177 C. de Pto. C.—)*, por cada día de atraso en el giro de sus dividendos, recibirá menos dólares por los mismos pesos abonados en su cuenta por la sociedad receptora de la inversión extranjera directa".

Por su parte el señor apoderado del Banco de la República se opone a las pretensiones: Considera que es cierto que la ley comercial permite la elaboración de ejercicios contables, diferentes al anual pero la ley le da mayor entidad al cortado a 31 de diciembre y por ello manifiesta que el Banco nunca se ha opuesto a que la actora elabore balances cuando a bien lo tenga, pero "solamente ha manifestado que el balance de 31 de diciembre de cada año es la base para cuantificar su derecho a giro, por ser ese el procedimiento consagrado en la ley".

Se apoya también en el Decreto 444 de 1967 para manifestar que no se niega la posibilidad de girar utilidades en cualquier época del año, sólo que dichas utilidades deben haber sido determinadas teniendo como fundamento el balance en los términos del artículo 445 del Código de Comercio.

Basado en las mismas normas citadas por el demandante concluye que sí hay competencia en la Oficina de Cambios para autorizar la transferencia en la forma como lo ha venido sosteniendo.

En el alegato de conclusión el demandante amplía y refuerza varios de sus argumentos iniciales y el señor Fiscal Tercero de esta Corporación solicita que se acceda a la demanda y para tal efecto resume los argumentos de las partes así:

> "...el Banco afirma que si bien la liquidación y reparto de utilidades puede hacerse dentro de los períodos indicados en los artículos 152, 289 y 445 del Código de Comercio, los giros de las dichas utilidades al extranjero sólo pueden *autorizarse anualmente*, siempre que no excedan del 20% de la inversión extranjera respectiva. En cambio, Maizena interpreta la norma de que la autorización para girar las utilidades al exterior puede darse de acuerdo con el período en que se liquiden las utilidades (semestral en su caso), siempre que no exceda del 20% de la inversión anual".

Y del examen del artículo 37 de la Decisión 24 (como el 10 de la Decisión 103) del Acuerdo de Cartagena, el adjetivo *anual* califica al 20% de la inversión extranjera, no a la transferencia de las utilidades. Considera que si el Código de Comercio permite a las sociedades hacer cortes de ejercicios no sólo anuales, y con base en ellos hacer liquidación y reparto de utilidades "es apenas consecutivo que estas puedan ser transferidas al extranjero siempre y cuando no exceda dicha transferencia el 20% de la inversión extranjera. Ese veinte por ciento *anual* de la inversión extranjera respectiva es la única restricción sobre el particular".

Consideraciones:

En el problema planteado convergen normas que corresponden a diversos ámbitos especializados de legislación que es necesario armonizar para llegar a la adecuada solución del conflicto: De la legislación cambiaria influye el régimen de la inversión extranjera y el derecho a remesar utilidades, de la legislación mercantil la posibilidad de cerrar balances generales por períodos inferiores a un año, de la legislación

tributaria, el cálculo de los gravámenes correspondientes y de la administrativa las funciones y facultades a las respectivas autoridades encargadas de estos asuntos y, en particular del Banco de la República.

En las mismas normas que se indican como violadas, se encuentra el fundamento legal de la negativa del Banco a autorizar el giro de utilidades que no correspondan a un período anual completo.

De una observación detenida sobre dichas normas surgen las siguientes consideraciones: Fuera de algunas condiciones, que no son motivo de la controversia planteada en esta ocasión, la remesa de utilidades obtenidas por los inversionistas extranjeros está sometida a dos presupuestos o límites simultáneos: El cuantitativo y el conceptual.

a) Por el primero entiende esta Sala, el porcentaje, en este caso el 20% que se determina sobre "el valor de la inversión" y no sobre el monto de las utilidades como algunos lo han entendido equivocadamente.

La precisión de este concepto surge de la Resolución número 17 de 1972 del COMPES, en cuyo artículo 1º dedicado a las definiciones de términos especiales enseña que el valor neto está conformado por el capital inicialmente importado, más las inversiones adicionales en moneda extranjera, más las reinversiones en moneda nacional que tengan derecho previo a giro y menos los reembolsos de capital, todo ello "de acuerdo con el sistema de cálculo que se establece en el artículo 10 de esta resolución".

Y, a su turno, el citado artículo 10 al determinar con mayor detalle los factores que componen el valor patrimonial de la inversión, se refiere indefectiblemente, en todos los casos al *31 de diciembre de cada año* y además computando dentro de tales factores la cuenta de utilidades o resultado del mismo ejercicio cuando incluye dentro de ellos el siguiente: "Más (o menos) el superávit ganado (o déficit) estimado en dólares al tipo de cambio promedio anual del mercado correspondiente en el año que se ganaron las utilidades (o pérdidas) que dieron lugar a las modificaciones del superávit ganado (o déficit)".

(En cierta forma supone este reglamento que el balance debe comprender el año completo cuando ordena adoptar el tipo de cambio promedio *anual* para convertir a dólares las utilidades, porque a mitad del año en el caso de balance semestral, no se ha logrado todavía el dato completo sobre el "promedio anual").

De lo anterior puede concluirse que la base sobre la cual se aplica el 20% es el valor neto patrimonial de la inversión extranjera determinada cada año al 31 de diciembre sobre balance general consolidado a esa fecha.

Y, como consecuencia, se concluye también que la cifra así obtenida es la que rige o limita durante el año subsiguiente cuantitativamente el giro de utilidades al exterior, puesto que al llegar al 31 de diciembre siguiente, es necesario volver a calcular el valor neto de la inversión, puesto que debe reflejar la reinversión de utilidades del ejercicio anterior y el propio resultado de utilidad o déficit.

Desde luego, si se toma en cuenta solamente este factor limitante, no surge en forma clara la imposibilidad de hacer balances semestrales o parciales, puesto que una vez determinado el 20% sobre el valor de la inversión del último 31 de diciembre, dicha cuantía servirá como referencia del límite máximo o cupo hasta por el cual podrá girar utilidades durante el año siguiente. En esta forma bien puede presentarse una utilización parcial de ese cupo con utilidades del primer semestre quedando un remanente de cupo para las del segundo.

Sin embargo, no sería ortodoxo utilizar el cupo total anual con las utilidades del primer semestre, pues impediría remesar las del segundo, privando de ese derecho que les otorga la ley y ésta, al parecer, no ha previsto mecanismos de compensación de esta índole, generados en situaciones de hecho.

b) El segundo elemento que influye en el asunto que se debate es el concepto de "utilidades netas comprobadas" porque estas son las que dan derecho a ser remesadas en calidad de rendimiento de la inversión.

El concepto común de "utilidades" como el fruto o provecho que se saca de una cosa, en este caso, de la inversión de capital en una empresa, sirve de sustento a las definiciones que las diversas ramas del derecho dan de ellas, sin que se aprecien diferencias sustanciales.

Es normal acudir a las normas del Código de Comercio para precisar este concepto puesto que dicho estatuto rige la vida del inversionista extranjero más aun cuando adopta alguna de las formas societarias permitidas por nuestras normas mercantiles, pero no debe olvidarse que ellas regulan en general las relaciones entre los particulares (o entre los socios), pero las del derecho cambiario tienen prelación en razón de su naturaleza de derecho público, por cuanto está comprometido el interés de la Nación. No puede ser, pues, irrestricta la aplicación de las normas del Código de Comercio sino supletiva y en cuanto sea compatible con las del Derecho Cambiario.

En este último campo vale observar que, sin que haya sido afortunado el reglamento en materia de definiciones, debe acudirse en primer término a la que de "utilidades netas" consagra el artículo 1º de la precitada Resolución 17 de 1972, como "las generadas en un período dado por las operaciones normales de una empresa consideradas después de la determinación de impuestos y antes de las apropiaciones de reservas que constituyan superávit ganado".

Y, a continuación la misma norma definió lo que se entiende por "utilidades netas con derecho a giro", en los siguientes términos:

> "El monto que corresponda al inversionista extranjero de las utilidades netas obtenidas en la cual se realizó la inversión, incluyendo las ganancias de capital obtenidas de la enajenación total o parcial de los activos, siempre y cuando este monto no exceda los límites que en forma general o especial haya fijado el Consejo Nacional de Política Económica y Social para las remesas al exterior de utilidades efectivamente producidas por la inversión de capital extranjero".

Esta definición no difiere del concepto general de utilidad que se deduce de las normas del Código de Comercio, salvo la referencia a los límites que restringen las ganancias de capital (plenamente justificados) y, ciertamente, hay que convenir con la tesis del demandante, en que no dice que deban determinarse en ejercicios anuales completos, dando cabida teórica a los semestrales, como también la otorga el Código de Comercio.

Pero la Sala estima que influyen las siguientes consideraciones para llegar a una solución distinta y que coincide con la adoptada por la Oficina de Cambios, o sea, que no pueden usarse los balances semestrales sino el consolidado del año para determinar las utilidades remesables, a saber:

Cabe destacar que la determinación de las "utilidades netas" está supeditada a la de los impuestos correspondientes y dentro de ellos el de renta es el de mayor y especial influencia y éste no puede precisarse en el balance semestral.

Determina lo anterior la circunstancia bien conocida de que dicho impuesto por naturaleza y definición legal es anual y las bases, tarifas y sistemas se regulan por la legislación vigente el 31 de diciembre cuando se considera consolidado el ejercicio fiscal que es de un año. El país tiene la experiencia reiterada de modificaciones sustanciales al régimen legal de este gravamen expedidas al final del año, con efecto sobre la totalidad del mismo, de donde surge el carácter provisional del impuesto calculado en el primer semestre y por ende las utilidades determinadas en esa forma caracen de certeza.

En el Derecho Comercial en donde es posible repartir dividendos con base en el balance semestral que teóricamente tendría la misma objeción, en caso de error o modificación sustancial del resultado del año completo, existe el correctivo de quedar prohibido nuevo reparto de dividendos mientras no se absorban las utilidades así repartidas, o las pérdidas (art. 151 del C. de Co.), sin que el Estado se vea afectado para el cobro del impuesto determinado en definitiva sobre el año completo.

Pero este mecanismo de suspensión de dividendo no tiene un equivalente en el Derecho Cambiario, como sería la suspensión de nuevos giros mientras se compensa o absorbe algún exceso autorizado con anterioridad. En este terreno en principio, toda utilidad neta goza del derecho a giro mientras el total en el año no pase del 20% de la inversión como ya se dijo, pero si, como lo plantea hipotéticamente la Oficina de Cambios, con base en resultados del primer semestre se autoriza giro del 20% y después de conocido el segundo resulta que aquél 20% fue excesivo, no sería posible reversar la remesa ya autorizada y realizada.

El temor de incurrir en este último aspecto aunque hipotético no imposible, es lo que inhibe dar al Banco de la República la autorización pedida, ante el riesgo de incurrir en violación del artículo 117 del Decreto 444 de 1967 que ordena: "Solamente se podrá remesar al exterior utilidades efectivamente producidas por la inversión extranjera".

El concepto de efectividad en el sentido de realidad y certeza en su cuantía no puede concretarse sino sobre ejercicios anuales consolidados, mientras el impuesto directo de renta sea de naturaleza anual y mientras no se concreten todos los presupuestos legales y de facto para dar por consolidado y definitivo un resultado económico.

El carácter de guardián y administrador de las divisas que la ley le asigna al Banco de la República justifican la actuación impugnada y por ello esta Sala la confirmará.

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 peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(La presente providencia fue estudiada y aprobada 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.

SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA.

Interpretación del literal c) del artículo 10 de la Ley 9ª de 1983.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., seis de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Magistrada auxiliar: *Doctora Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Expediente número 0581. Actor: Banco Comercial Antioqueño. Autoridades Nacionales.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el Banco Comercial Antioqueño S. A., demandó de la Jurisdicción declarar nulo el acto administrativo contenido en el Oficio 124/DJ/P del 21 de febrero de 1984, en el cual la Comisión Nacional de Valores se abstuvo de certificar la condición de sociedad anónima de la actora por el año de 1983, según las previsiones de la Ley 9ª del mismo año, y como consecuencia de la anulación, declarar que tenía tal calidad.

Reconstruido el proceso, se deciden las pretensiones de la demanda. Se deriva la nulidad impetrada, de la interpretación errónea que dio la entidad al artículo 10 literal c) de la Ley 9ª de 1983, según el siguiente planteamiento:

> "La Comisión Nacional de Valores se abstuvo de certificar que el Banco Comercial Antioqueño S. A., era una sociedad anónima para el período gravable de 1983, por considerar que no reunía el requisito establecido en el literal c) del artículo 10 de la Ley 9ª de 1983 ya que la Compañía Colombiana de Industrias e Inversiones S. A., Colinsa S. A., poseía el 30 de septiembre de 1983, a través de sus sociedades subordinadas, más del 30% de las acciones en circulación del Banco".

Tal criterio es considerado por la demandante violatorio de la norma en cita, ya que el numeral 1º, artículo 3º del Decreto reglamentario 1661 de 1983 condiciona la suma de las acciones de propiedad de un grupo de sociedades filiales o subsidiarias de otra, a que su matriz sea también accionista de aquella cuya condición de abierta, trata de establecerse, caso en el cual no se halla Colinsa S. A., por no ser accionista del Banco Comercial Antioqueño, según se demostró dentro de la actuación administrativa.

Las razones de la entidad gubernamental para abstenerse de expedir la certificación que solicitó el Banco, expuestas tanto en la vía gubernativa como en la jurisdiccional, se sintetizan así:

La Ley 9ª de 1983 consagró incentivos tendientes a la capitalización de las sociedades anónimas, representados en descuentos del impuesto de renta para los accionistas y para las sociedades emisoras de nuevas acciones (arts. 7º y 9º), en diferentes proporciones, atendiendo a su condición de sociedades abiertas o cerradas. El artículo 10 fijó los requisitos que debía reunir una compañía para ser considerada como anónima abierta, de los cuales se destaca el contenido en el literal c), por ser el punto de divergencia de interpretaciones en el caso *sub júdice:*

"*Artículo 10.* Para los efectos del impuesto de renta y complementarios se considera sociedad abierta la que cumpla los siguientes requisitos:

"...c) Que ningún accionista o grupo de accionistas que sean cónyuges o parientes entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, posean más del treinta por ciento (30%) del total de las acciones, bien directamente o a través de sociedades filiales, subsidiarias o de familia".

Considera la Comisión que la correcta interpretación de la norma es la acorde con criterios económicos y no meramente formales. Al respecto agrega:

"2. El tenor literal de la norma transcrita también es claro: En él se utiliza el término 'a través de' para significar que las acciones representativas del porcentaje allí señalado pueden ser poseídas por una determinada sociedad 'a través' o por intermedio de sus subordinadas. Una interpretación estricta del término 'accionista' utilizada por la mencionada norma llevaría a concluir que, para poder sumar las acciones poseídas por un grupo de sociedades subordinadas a una determinada matriz, es necesario que ésta tenga, al menos, una acción. Sin embargo, tal interpretación olvida que el legislador utiliza, además del término 'directamente', 'a través', es decir 'por intermedio de'. En este sentido es ilustrativo observar una disposición que utiliza una forma gramatical y unos términos similares para efectos de considerar cuándo una sociedad debe considerarse subordinada: El artículo 261 del Código de Comercio. Es de anotar que la interpretación de la demandante podría llevar al absurdo de calificar como abierta a una sociedada en la cual otra sociedad, a través de sus subordinadas, tuviera el 50% de las acciones".

Concluye de lo anterior la Comisión, que no es necesario que la matriz sea accionista, para que puedan ser sumados las acciones que posea a través de sus subordinadas, con el fin de establecer si aquella posee más del 30% de que trata el literal c) del artículo 10 de la Ley 9ª de 1983.

El Ministerio Público se pronunció, según afirma la parte actora, pero no fue posible allegar su concepto en la etapa de reconstrucción.

Consideraciones:

La Ley 9ª de 1983 consagró importantes beneficios como estímulo a la capitalización de las empresas, dentro de un marco de democra-

tización, mediante mecanismos dirigidos a disminuir el impacto de la doble tributación.

Todos los requisitos señalados en el artículo 10 de la ley en cita, para considerar abierta una sociedad anónima, reflejan el propósito del legislador de lograr la democratización de las compañías evitando la concentración del poder decisorio en ellas: Tener no menos de 100 accionistas, de los cuales por lo menos el 50% no poseyera individualmente más del 3% de las acciones suscritas, que las acciones tuvieran efectiva negociación en Bolsa de Valores con un mínimo de operaciones señalado en la ley; este conjunto de previsiones lleva a concluir que el literal c) comentado debe entenderse en el sentido de que ningún grupo de accionistas con la vinculación económica o familiar prevista, podía tener más del 30% total de las acciones, directamente o a través de compañías subordinadas.

En el mismo sentido debe entenderse el artículo 3º del Decreto 1661 de 1983, que, para efectos de la aplicación del literal c) del artículo 10 de la Ley 9ª de 1983 que reglamenta, diferencia los casos de vinculación económica, societaria o familiar.

Es indudable que no se requiere ser accionista directo de una sociedad para controlarla económica, financiera o administrativamente, lo cual puede hacer a través de sociedades subordinadas una compañía matriz, como fluye nítidamente de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

Lo expuesto es suficiente para que la Sala comparta la solución de la Comisión Nacional de Valores a negar el reconocimiento solicitado por la demandante, toda vez que Colinsa S. A., a través de sociedades subordinadas, poseía más del 30% de las acciones del Banco Comercial Antioqueño en el ejercicio de 1983, hecho que no es objeto de controversia, pero con la aclaración de que no es por interpretación con criterio económico de las respectivas normas, criterio que no está incorporado a nuestra legislación positiva sobre la materia (Ley 153 de 1887, arts. 1/49 y concordantes). En el presente caso basta observar que a falta de definición especial para efectos tributarios (como lo hubo en una época, tenida en cuenta únicamente la composición de capital, art. 11 del Decreto 437 de 1961), el reglamento vigente adoptó la del Código de Comercio que es más amplia porque incluye los factores administrativos y financieros y no solamente el accionario.

En consecuencia, la Sala no encuentra el acto acusado como violatorio de la ley.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

No se accede a las súplicas de la demanda.

(La presente providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de Sala de la fecha).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque*, *Carmelo Martínez Conn*, Ausente; *Consuelo Sarria Olcos*.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES Y DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL. Su carácter obligatorio. Decreto-ley 1188 de 1974, artículo 84.

NECESIDAD DE FUNDAMENTO PROBATORIO CAPAZ DE SERVIR DE BASE A LA DECISION DE SUSPENSION DE ACTIVIDAD DE VUELO ADOPTADA: LOS INDICIOS.

El acto principal acusado, emitido por el señor Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes al Jefe del Departamento de la Aeronáutica Civil ordena la suspensión de actividades de vuelo de algunas aeronaves en razón a los criterios adoptados por dicha entidad para combatir el tráfico de estupefacientes; los demás, son consecuencia o cumplimiento del primero.

Sostuvo el Consejo de Estado que tal orden de suspensión de vuelo "de obligatorio cumplimiento" de acuerdo al artículo 84 del Decreto-ley 1188 de 1974 estuvo fundamentada en las funciones legales del estatuto en referencia y en la Resolución 001 de 1983 del Consejo de Estupefacientes, pero pasó por alto que ésta debía estar basada en indicios de vinculación de las aeronaves con el tráfico de estupefacientes; conforme al tenor del artículo 1º de la misma resolución.

Prohijó doctrinas sobre indicios (Hernando Devis Echandía) para concluir que el actor que ordenó la suspensión de actividades de vuelo es, "por una parte, sólo un informe en donde se hace una afirmación sin mención de respaldo probatorio alguno y por otra, una solicitud escueta que, por consiguiente no puede tomarse como elemento de juicio con categoría de indicio capaz de servir de base a un raciocinio que conduzca a decisión como la adoptada por el Consejo Nacional de Estupefacientes...

"Se ha preterido, pues, el cumplimiento normativo preestablecido y por consiguiente se ha lastimado el Derecho de Defensa".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: Doctor Luis Miguel Quiñones F., Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 96. Actor: Oscar Rafael Pineda Montañez.

A través de apoderado concurre a esta Corporación el ciudadano Oscar Rafael Pineda Montañez en acción de restablecimiento del derecho que presume lesionado, en búsqueda de la declaratoria de nulidad de varios actos administrativos emanados del Consejo Nacional de Estupefacientes y del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

I. Los actos materia de acusación:

La acción incoada por el actor pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos: a) Del Oficio número 1696 de fecha 3 de mayo de 1984, dirigido por el señor Ministro de Justicia, en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, "mediante el cual solicitó la suspensión de las actividades de vuelo a la aeronave distinguida con la matrícula HK-2160-E por haberse revocado el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, expedido de acuerdo al Decreto 2303, para el propietario de la misma" (José Nelson Suárez); b) Del Acta número 20 de 1984 del citado Consejo Nacional de Estupefacientes, "por medio de la cual decidió mantener la sanción a la misma aeronave"; c) Del correspondiente "certificado de notificación"; y d) Del "acto administrativo proferido por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, contenido en el Mensaje General número 031546 MCBOYADO del 3 de mayo de 1984, mediante el cual suspendió las actividades de vuelo a la aeronave de matrícula HK-2160-E".

A manera de restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad enunciada, se indica que el resarcimiento consiste en que "se comunique al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y al Consejo Nacional de Estupefacientes para que se levante la sanción impuesta por los actos acusados".

II. La demanda:

La acción de restablecimiento del derecho intentada contra los actos arriba especificados la fundamenta el actor en los siguientes *hechos:* Con fecha 3 de mayo de 1984 la Ministra de Justicia (Encargada) envió al Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil el Oficio número 1696, en el cual le pedía suspender las actividades de vuelo de la aeronave marca Cessna, modelo TU206G, número de serie CU206 04286, de matrícula número HK-2160-E, de propiedad de José Nelson Suárez, "por habérsele revocado el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes" que se había expedido conforme al Decreto 2303 de 1981. Por mensaje General número 0311546 "del 3 de mayo de 1984" Aerocivil suspendió las actividades de vuelo del mencionado avión de matrícula HK-2160-E. El propietario del avión reclamó ante el Consejo Nacional de Estupefacientes el levantamiento de la sanción impuesta, mediante escrito presentado a través de apoderado el 16 de julio de 1984. De acuerdo al Acta número 20 de 13 de septiembre de 1984, el Consejo Nacional de Estupefacientes "tomó la decisión de mantener la medida de suspensión, con base en el informe del 29 de marzo de 1984, respecto de

la aeronave HK-2160-E, decisión que no fue motivada, notificada al suscrito (apoderado) el día 25 de septiembre del mismo año". "Las decisiones acusadas fueron tomadas sin los más mínimos medios de defensa y sin notificación alguna de acto administrativo" (sic). El poderdante adquirió la aeronave por la escritura pública 3052 de 28 de agosto de 1984 de la Notaría 15 de Bogotá, debidamente registrada. Su mandante "ha sufrido graves perjuicios económicos y morales" con la sanción impuesta, sin que la aeronave haya podido "volver a volar". Esta aeronave "se encuentra en el aeropuerto de Neiva (Huila) suspendida por accidente desde el día 6 de septiembre de 1981, y por vencimiento del certificado de aeronavegabilidad desde el día 9 de septiembre de 1981, decisiones adoptadas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil" (sic).

El accionante señala como *Disposiciones Violadas* los artículos 83 y 84 del Decreto 1188 de 1974 y 26 y 55 de la Constitución Nacional.

En cuanto a *Concepto de Violación*, el apoderado del actor transcribe los artículos 83 y 84 del anterior Estatuto de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974) sobre funciones del Consejo Nacional de Estupefacientes, anota lo que a su juicio debería ser la actuación del Consejo y señala que: "Para la época en que se dictó el acto acusado no existía norma legal ni reglamentaria que invistiera de facultades expresas al Consejo Nacional de Estupefacientes, ni al señor Ministro de Justicia en su condición de Presidente del referido organismo para que suspendiera como medida preventiva o represiva el permiso de aeronavegabilidad respecto a la aeronave a las cuales (sic) hubiera indicios de vinculación con el narcotráfico. En realidad con el pretexto loable de reprimir el tráfico de estupefacientes, el Ministro de Justicia y el Consejo Nacional de Estupefacientes asumió funciones y facultades de legislador ordinario o extraordinario, al establecer por vía general y como pena la inmovilización de las aeronaves sobre las cuales hubiera indicios de su vinculación a la actividad ilícita de la droga, omitiendo deliberadamente principios universales de la prueba, de su valoración, legislación que sirviera de base para tomar decisiones administrativas de tanta magnitud social e individual". Anota que las medidas adoptadas por el Consejo, aquí acusadas, son hechos de los cuales "conocen exclusivamente los servicios de seguridad del Estado, y más sin la existencia de un procedimiento ni garantía de defensa para así desvirtuar y oponerse a la sanción, actos por los cuales son abiertamente contrarios a lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional". Conforme al mismo Estatuto de Estupefacientes, son los Jueces Penales quienes tienen competencia para conocer de tales conductas penalizadas relacionadas con los estupefacientes, esto es, la Rama Jurisdiccional y no un "organismo administrativo consultor y coordinador de la administración", como ocurre en este caso, por lo cual los acusados son actos que violan al artículo 55 de la Carta.

En 9 literales señala el demandante las *Pruebas* cuyo decreto solicita. Impetra que se ordene la *Suspensión Provisional* de los actos acusados "por cuanto violan los artículos 83 y 84 del Decreto 1188 de 1974 y los artículos 26 y 55 de la Constitución Nacional", sin mencionar siquiera que el quebranto es ostensible y ni que se perciba a través de un simple cotejo. Dice que: "Con la suspensión de las actividades

de vuelo (...) se demuestra plenamente el perjuicio ocasionado a la parte actora, teniendo en cuenta que el avión no puedo (sic) volver a volar". Como *Petición Especial Previa* a la admisión de la demanda solicita allegar copia auténtica del Acta número 20 de 13 de septiembre de 1984 antes mencionada. Presenta como *Anexos* al libelo 9 documentos. La demanda fue presentada en el Consejo de Estado el 11 de diciembre de 1984 (fl. 9).

III. Reconstrucción procesal:

Por haber desaparecido durante el incendio del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y en acatamiento a lo dispuesto por el Decreto legislativo número 3825 de 1985, mediante apoderado el actor solicitó la pertinente reconstrucción del proceso número 4891 (Ver fls. 62 a 64), la cual reconstrucción fue decretada por auto de fecha 23 de mayo de 1986 y en consecuencia se tuvieron como auténticos la copia de la demanda y demás documentos aportados junto con la solicitud y como pruebas "los documentos allegados". Igualmente se dispuso que, previo concepto de fondo del Fiscal Primero de la Corporación, el expediente reconstruido quedaba en estado de entrar al Despacho para sentencia (Ver fls. 114 a 116).

IV. La vista fiscal:

A folios 120 a 126 obra el concepto de fondo del Fiscal Primero de la Corporación, en donde expone y pide lo que en síntesis se apunta en seguida: La Sala debe abstenerse de entrar al fondo de la litis, profiriendo fallo inhibitorio por faltar "algunos de los presupuestos procesales de la acción". Aquí "se trata de una acción de restablecimiento del derecho, instaurada por el actor, contra los actos de contenido individual y concreto, cuyo destinatario final es una persona natural diferente al demandante, y que fue quien supuestamente agotó la vía gubernativa". Conforme a los hechos 6 y 7 de la demanda, el demandante Rafael Pineda Montañez compró la aeronave HK-2160-E por escritura 3052 de 28 de agosto de 1984 de la Notaría 15 de Bogotá, la cual fue registrada el 17 de septiembre de 1984, y dicho mandante "ha sufrido graves perjuicios económicos y morales" con la sanción impuesta. De la acción de restablecimiento del derecho "se pueden deducir unos elementos propios y determinantes de la acción, así: Un derecho amparado por norma jurídica; una lesión de ese derecho, y un o unos actos administrativos que ocasionan la lesión". De esta acción "se infiere que el daño producido por los actos infractores se ocasiona a la persona natural o jurídica en cuya cabeza está radicado el derecho protegido por las normas violadas, y, sólo dicha persona que sufre el detrimento de su derecho está legitimada en la causa para accionar ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo en procura del restablecimiento de ese derecho, previa la declaración de nulidad de los actos que infringieron el daño. La legitimación en causa, según la Corte Suprema de Justicia, 'es una coincidencia entre el sujeto autor del acto y el sujeto de la situación jurídica activa o pasiva sobre la que el acto ha de producir su efecto', para diferenciarla de la capacidad para ser parte, en donde ésta —la capacidad— 'se refiere al poder ser' y aquella —la legitimación— 'al

ser en realidad el autor, el sujeto de la situación jurídica' ". Los actos acusados fueron expedidos el 3 de mayo de 1984 y en ese momento el propietario de la aeronave era el señor José Nelson Suárez, quien mediante apoderado interpuso recurso en la vía gubernativa (fls. 17 y 18), el cual fue resuelto según el Acta número 20 del Consejo Nacional de Estupefacientes. Quien está alegando "graves perjuicios económicos y morales con la medida impuesta" no es tal señor Suárez, sino el actor y posterior propietario del avión, señor Pineda Montañez, por lo cual "no puede trabarse relación procesal por falta de uno de los elementos de que hablaba, el daño, porque éste no es producido por los actos infractores, sino por una circunstancia diferente, como lo es en el presente caso la enajenación de la aeronave mediante un contrato civil, en el cual el objeto del mismo está incurso en vicios redhibitorios cuyo saneamiento de conformidad con el Código Civil debe responder el vendedor, en este caso el señor José Nelson Suárez". Además, "si el actor no interpuso los recursos procedentes, no agotó la vía gubernativa y por ese solo hecho no está habilitado para ocurrir ante lo contencioso administrativo en acción de restablecimiento, de conformidad con el artículo 135, numeral 1 del Código Contencioso Administrativo". Por otra parte "para el demandante la acción había caducado cuando presentó su libelo demandatorio, en razón de que los actos fueron expedidos el 3 de mayo de 1984 y la demanda fue presentada (...) el día 11 de diciembre de ese año (fl. 9), pasados los cuatro meses de que trata el artículo 136 inciso 2º del Código Contencioso Administrativo". Y concluye el colaborador del Ministerio Público pidiendo "fallo inhibitorio, por falta de presupuestos procesales de la acción".

V. Impugnaciones:

El señor Ministro de Justicia, a través de apoderado. contestó e impugnó la demanda (fls. 71 a 79) y alegó de conclusión (fls. 80 a 85). Por su parte y también mediante mandatario judicial, el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil se hizo presente en el proceso, solicitando el decreto y práctica de pruebas (fls. 89-90), alegando de conclusión (fls. 100 a 102) y aportando piezas atinentes a la litis (fls. 106 y ss.). Tales alegatos e impugnaciones se refieren al proceso que cursó ante el Consejo de Estado y que desapareció, no al proceso reconstruido.

VI. Consideraciones:

Como se vio en el punto IV, sobre el concepto de Fondo del Fiscal Primero de la Corporación, éste hace tres planteamientos para formular dos pedimentos: a) Que por tratarse de una acción de restablecimiento del derecho y faltar el presupuesto procesal de legitimación en la causa del actor, ha de proferirse fallo inhibitorio; b) Que por no haber agotado la vía gubernativa, "está inhabilitado para ocurrir ante lo contencioso administrativo en acción de restablecimiento" y c) Que en el evento de que "contra los actos primigenios sólo procediera el recurso de reposición, que no es obligatorio (...), para el demandante la acción ya había caducado cuando presentó su libelo demandatorio, en razón de que los actos fueron expedidos el

3 de mayo de 1984 y la demanda fue presentada en la Secretaría de la Sección Primera del honorable Consejo de Estado el día 11 de diciembre de ese año", por lo cual ha de declararse caducada la acción.

La Sala no comparte tales planteamientos del señor Agente del Ministerio Público, por lo que sintéticamente se expresa en seguida:

A) Porque el ciudadano Oscar Rafael Pineda Montañez, mediante el correspondiente título traslaticio de dominio (escritura pública número 3052 de 28 de agosto de 1984, de la Notaría 15 de Bogotá), adquirió el derecho de propiedad o dominio sobre la aeronave Cessna, modelo TU206G, serie número CU20604236, matrícula número HK-2160-E, escritura debidamente registrada en la Oficina de Registro Aeronáutico Nacional al folio 2042, con fecha 17 de septiembre de 1984, de conformidad con el certificado de propiedad y libertad de la mencionada aeronave, emitido el 5 de diciembre de 1984 por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, Oficina de Registro Aeronáutico, que obra al folio 16 del expediente, el cual certificado fue agregado a la demanda presentada ante el Consejo de Estado por el actor el 11 de diciembre de 1984 (Ver numeral 6 del fl. 9 y nota de presentación al mismo folio) e igualmente fue aportado por el mismo actor junto con su solicitud de reconstrucción procesal y acogido como prueba en este proceso según el ordinal 4º de la providencia de 23 de mayo de 1986 que decretó la reconstrucción del proceso (fls. 114 a 116), prueba que no ha sido impugnada por el señor Ministro de Justicia, ni por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, "a quienes se les corrió traslado de la solicitud de reconstrucción" y "no hicieron manifestación contraria dentro del respectivo término", por lo cual "se entiende que adhieren a la solicitud del demandante en la forma como fue propuesta" (Cfr.: auto citado, ordinal 9º, fl. 115, *in fine*). Es natural que el actor, en su calidad de propietario de la aeronave mantenida bajo suspensión de actividades de vuelo, por ser precisamente titular del respectivo derecho de propiedad, llena a plenitud —en la forma como lo ha acreditado en el proceso— los requisitos para acudir a esta jurisdicción en acción de restablecimiento (C. C. A., art. 85), por creerse "lesionado en un derecho suyo" y consecuencialmente "pedir que además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño", conforme lo precisa el mismo canon 85-CCA. Por ende, no falta el presupuesto procesal de legitimación en la causa activa. Parejamente, no sobra recordar que, conforme al artículo 759 del Código Civil, el título traslaticio de dominio que debe registrarse transfiere la posesión efectiva del respectivo derecho una vez realizado el registro, y que según el Código de Comercio, en su precepto 1427, para que haya enajenación o tradición válida de "naves mayores" fluviales o marítimas y de *aeronaves* se requiere hacerla mediante escritura pública que ha de inscribirse en la correspondiente capitanía del puerto de matrícula "o en el registro aeronáutica nacional, según el caso", tal como ocurrió en el asunto *sub exámine*. Se configura, por ende, la legitimación en la causa activa;

B) En cuanto al segundo pedimento del Fiscal Primero, atinente a que el actor no puede acudir a esta jurisdicción por no haber agotado

la vía gubernativa, se tiene: Concatenando lo sentado en el literal A) que antecede con lo dispuesto en los artículos 51, inciso final, 63 y 136 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de reposición no es obligatorio interponerlo para agotar la vía gubernativa y que en el caso *sub lite* no existe recurso de apelación, tal como se indica en la diligencia de notificación que obra al folio 13, respecto del Acta número 20 "del día 13 de septiembre de 1984", sesión en la cual el Consejo Nacional de Estupefacientes decidió "mantener la medida de suspensión" de actividades de vuelo de la aeronave en cuestión, decisión contra la cual "procede el recurso de reposición que se interpondrá ante la Secretaría Ejecutiva (...) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación". Además, a folios 17 y 18 obra el escrito de "reclamación administrativa" del apoderado del propietario de la aeronave contra la decisión proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes "el día 3 de mayo de 1984, contenida en el Oficio número 1696", reclamación administrativa que fue presentada ante dicho Consejo Nacional el día 16 de julio de 1984 y que fue admitida como prueba dentro de este proceso reconstruido;

C) Por último, tampoco le asiste razón al Fiscal Primero en cuanto a la caducidad de la acción intentada, puesto que, como se deja visto, la decisión de mantenimiento de la medida de suspensión de actividades de vuelo de la aeronave por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes fue notificada al apoderado del dueño de la aeronave el día "25 de septiembre de 1984", según la copia de la diligencia respectiva que obra al folio 13 y que es prueba en este proceso según lo dispuso el proveído de 23 de mayo de 1986 (fls. 114 a 116), y la demanda fue presentada el 11 de diciembre de 1984 (Ver fl. 9), esto es, mucho antes de vencer el término cuatrimestral fijado en el inciso segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para incoar o ejercer la acción de restablecimiento.

Antes de examinar los actos acusados, veamos inicialmente cuáles funciones tenía en 3 de mayo de 1984 el Consejo Nacional de Estupefacientes, pues dos de los actos atacados son de tal fecha, y cuáles funciones adquirió después, a partir del 5 de mayo de 1984, fecha de emisión y de vigencia del Decreto legislativo número 1060, ya que el Acta número 20 y el acta de notificación, mal llamada por el actor "certificado de notificación", son de fecha ulterior.

Conforme al artículo 83 del Decreto-ley número 1188 de 1974, el Consejo Nacional de Estupefacientes tenía en 3 de mayo de 1984 estas funciones:

"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 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 ocupan 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 los otros Estados y de obtener la asistencia que fuere del caso".

A las anteriores funciones del Consejo se le agregaron las siguientes, conforme al artículo 11 del Decreto legislativo número 1060 de 1984, con vigencia a partir del 5 de mayo de este año:

"f) *Disponer, de acuerdo con las informaciones que posea sobre actividades de personas y aeronaves y uso de aeródromo o pistas, vinculadas al tráfico de estupefacientes, la suspensión de dichas licencias para personal aeronáutico, certificados de aeronavegabilidad o permisos de operación. Para el efecto, impartirá* al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil *las instrucciones a que haya lugar*".

Precisa indicar también que según el artículo 84 del Decreto-ley 1188 de 1974, "*las Resoluciones que dicte el Consejo para el ejercicio de las funciones* señaladas en el artículo anterior *son de obligatorio cumplimiento*" (Se ha destacado).

Como el Oficio 1696 atacado, dispuso suspender las actividades de vuelo de la avioneta envuelta en este proceso alegando "las políticas" que debe trazar el Consejo Nacional para combatir el tráfico de estupefacientes con base en las funciones del Decreto-ley 1188 de 1974 y en la Resolución número 001 de 7 de septiembre de 1983 proferida por el mismo Consejo, es menester expresar que esta Resolución 001 de 1983 en su tercer considerando dice: "Que se hace necesario 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*". A su turno, el artículo 1º de dicha Resolución 001 de 1983 dispone: "*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. Igualmente el certificado de aeronavegabilidad según el caso*" (Subrayas del Despacho).

Corresponde ahora analizar lo atañedero a si los actos administrativos atacados se profirieron conforme a derecho o, si por el contrario, aparece probado en autos lo esgrimido por el actor en contra de la legalidad de aquellos.

Los actos acusados son cuatro: El Oficio número 1696 de mayo 3 de 1984, de la Presidencia del Consejo Nacional de Estupefacientes a la Jefatura del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil; el Mensaje General número 031546 de 3 de mayo de 1984, originario de la Dirección General de Operaciones Aéreas del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil; el Acta número 20 del 13 de septiembre de 1984, correspondiente a la sesión de tal fecha del Consejo Nacional

de Estupefacientes; y, por último, el "Certificado (sic) de Notificación" de 25 de septiembre de 1984, denominado así por el demandante. Se verán en el mismo orden en seguida.

1º *El Oficio número 1696 de mayo 3 de 1984*, que obra en cuatro oportunidades en el expediente —folios 11, 33, 36 y 95—, dirigido por el Ministro de Justicia, Encargado, en su calidad de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. En tal oficio aquél le solicita a éste "la suspensión de actividades de vuelo de las siguientes aeronaves por haberse revocado el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes expedido de acuerdo al Decreto 2303 de 1981, para los propietarios de las mismas" y entre tales aeronaves cita expresamente a la distinguida con la matrícula "HK-2160-E". En tal oficio se indica que "la anterior decisión fue tomada por el Consejo Nacional de Estupefacientes en reunión extraordinaria del 3 de mayo de 1984", esto es, el mismo día de la fecha del oficio, y ello "en razón a los criterios adoptados para el desarrollo de las políticas que debe trazar (el Consejo Nacional) para combatir el tráfico de estupefacientes, función que le está encomendada legalmente por el Decreto 1188 de 1974, Estatuto Nacional de Estupefacientes, y Resolución 001 del 7 de septiembre de 1983" proferida por el mismo Consejo.

Pues bien: Tal oficio, que entraña una orden imperativa para la Aeronáutica Civil como despacho destinatario, "de obligatorio cumplimiento", a la luz del pretranscrito artículo 84 del Decreto-ley 1188 de 1974, se fundamenta en las funciones que al Consejo evidentemente le dan el Decreto-ley 1188 y la Resolución 001 de 1983 precitada, pero pasa por alto, pretermite una cuestión que *prima facie* pareciera de poca monta, pero que en realidad constituye la prueba única y por tanto esencial en que ha debido fudamentarse dicho oficio: *Los indicios;* los indicios que estatuye o exige la Resolución 001 que emitió el mismo Consejo para sus actuaciones, previstos tanto en la parte motiva como en el artículo primero de dicha Resolución, y que tienen que ser plurales, vale decir, dos o más, porque, como arriba se transcribió, en los dos casos que exige indicios tal Resolución habla en plural. No especifica qué clase de indicios, eso sí, pero en todo caso exige indicios para deducir o inferir de ellos que las *aeronaves* a que se refiere *"están vinculadas con el tráfico de estupefacientes. Igualmente el certificado de aeronavegabilidad,* según el caso".

Mucho es lo que han expresado la jurisprudencia de los diversos Tribunales y los doctrinantes acerca de los indicios, lo mismo que la ley. Esta del indicio es una prueba o medio de prueba especial, técnica, científica, "de difícil administración" y en todo caso de tratamiento delicado y por lo mismo muy exigente. Dice el tratadista Hernando Devis Echandía: *"Qué se entiende por indicios.* Se entiende por indicio un hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se induce un hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales" (Cfr.: "Compendio de Pruebas Judiciales", Edit. Temis, Bogotá, 1969, pág. 566). No vamos a extendernos en esto de la prueba indiciaria, pero es pertinente agregar: *"Naturaleza de la prueba de indicios.* Los indicios son una prueba crítica o lógica e indirecta,

cualquiera que sea el criterio que se tenga para distinguir las pruebas en directas o indirectas. No pueden ser una prueba histórica ni representativa y mucho menos directa, porque su función probatoria consiste únicamente en suministrarle al Juez una base de hecho cierta, de la cual pueda inducir indirectamente y mediante racionamientos crítico-lógicos, basados en las normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia está investigada" (Op. cit. pág. 567). Tampoco examinaremos las prácticamente ilimitadas clases de indicios (v. gr., anteriores, concomitantes y posteriores al hecho desconocido que trata de probarse, personales o subjetivos, materiales o reales, necesarios, contingentes —graves, leves, inmediatos, mediatos—, positivos, negativos, de causales, de efectos, etc., etc.), pues para el caso *sub lite* sólo basta con enunciar genéricamente estos puntos que se toman como pauta indicativa del citado autor: *A) Requisitos para la validez de la prueba por indicios:* 1. Que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido decretadas y practicadas o presentadas y admitidas, en forma legal; 2. Que no se haya utilizado pruebas ilícitas o prohibidas por la ley para demostrar el indicio; 3. Que no exista una nulidad del proceso, que vicie las pruebas del indicio; y 4. Que la ley no prohíba investigar el hecho indicador o el indicado. *B) Requisitos para la eficacia probatoria de los indicios:* 1. La conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado; 2. Que esté descartada la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, por obra de la casualidad o el azar; 3. Que se haya descartado la posibilidad de la falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes; 4. Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador (o el conjunto, sin son varios los indicios contingentes) y el indicado; 5. Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes; 6. Que los varios indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes; 7. Que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente; 8. Que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada; 9. Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquellos, y 10. Que se haya llegado a una conclusión final precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez (Cfr.: *Ib.* págs. 579 a 597).

En el expediente obra como único documento anterior a la citada fecha de 3 de mayo de 1984, reproducido varias veces en el informativo (fls. 14, 32, 94 y 127), el Oficio número "000298/COMANDO COSAS/996", de fecha 23 de enero de 1984, sobre "Envío Relación de Aeronaves", dirigido por el coronel COMANDANTE COSAS de la Policía de Control de Sustancias que Producen Adicción Física o Síquica, de la Policía Nacional, al Consejo Nacional de Estupefacientes, y cuyo texto es el siguiente: "Por medio del presente me permito enviar a ese Despacho una relación de aeronaves vinculadas al narcotráfico, solicitando muy comedidamente se les cancele el certificado de Antinarcóticos, exigido por la Aeronáutica Civil, para expedir la licencia de Aeronavegabilidad a las siguientes naves, así: (...) 13. HK-2160-E (...)". Tal oficio es, por una parte, sólo un informe en donde se hace una afirmación sin mención de respaldo probatorio alguno y por otra,

una solicitud escueta que, por consiguiente, no puede tomarse como elemento de juicio con categoría de indicio capaz de servir de base a un raciocinio que conduzca a decisión como la adoptada por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Naturalmente y por las mismas consideraciones y razonamientos que anteceden, no sirve como base probatoria para el Oficio número 1696 analizado, que ordena la suspensión de vuelo, los oficios 000214/ INTEL/ANTIN/152 e INTEL/COSAS/997, ambos de fechas posteriores a aquel, de "enero 16 de 1985" y "agosto 23 de 1984", que obran, en su orden, a folios 55 y 56, dirigidos por el Coronel Comandante de Policía Antinarcóticos, Bogotá, al Consejo Nacional de Estupefacientes, en donde se expresa que: "...en nuestros archivos (aparece registrada) la aeronave de matrícula HK-2160-E a nombre de José Nelson Suárez. Aeronave relacionada por el Grupo Inteligencia de Cali por participación en el tráfico de Estupefacientes utilizado por las organizaciones de Gilberto Rincón Ramírez, Hernando Restrepo Ochoa y Enrique Durango. José Nelson Suárez es copropietario de la empresa TAES con sede en Neiva". En el segundo de los citados oficios se agrega que la empresa TAES se halla "implicada por el transporte de estupefacientes por la zona sur del país".

2º *El Mensaje General número 031546 MCBOYADO, de 3 de mayo de 1984*, que en fotocopia poco nítida obre repetidamente a folios 12, 37 y 91, emanado de la Dirección General de Operaciones Aéreas del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, expresa: "MAYO 3-84 PTO ACUERDO OFICIO NUMERO 0298 COMANDO COSAS POLINAL SUSP ACT VLO AERONAVES (...) 2160-E..." Este Mensaje General es simplemente una consecuencia o el cumplimiento efectivo de la solicitud formulada a Aerocivil por el Consejo Nacional de Estupefacientes a través de tal mentado Oficio 1696, sobre suspensión de actividades de vuelo que, como se vio atrás, implicaba su obligatorio acatamiento por parte de la Aeronáutica Civil. Por consiguiente, correrá la misma suerte del Oficio 1696 que sirvió de causa u origen al Mensaje General. Se anota que conforme a fotocopia borrosa que obra al folio 91, *in fine*, por el Mensaje General 101636 MCBOYADO, de 10 de mayo de 1984, se corrigió al prenombrado Mensaje General 031546 así: "AERONAVES RELACIONADAS EN MENSAJE GENERAL NUMERO 031546 MCBOYADO MAYO 3/84 FUERON SUSP ACT VLO ACUERDO OFICIO NUMERO 1696 DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE FECHA 3 MAYO/84 PTO". Es obvio que este último Mensaje General no se le hizo conocer al actor y quizás por ello no lo cobija con su acción de restablecimiento y por tanto no lo incluye en sus pretensiones, pero para el caso *sub júdice* carece de repercusiones comoquiera que este Mensaje 101636 BOYADO de 10 de mayo de 1986 sólo modifica el número del Oficio motivante de la suspensión de vuelo (es decir, el Oficio número 1696, que es el realmente originario de la petición obligatoria para Aerocivil, en vez del Oficio 0298 que equivocadamente se citó en el Mensaje General 031546 MCBOYADO de 3 de mayo de 1984), sin que hubiera echado atrás o revocado la medida suspensiva de actividades de vuelo que, por el contrario, la confirma. Se anota que la fotocopia de este último Mensaje General 101636 MCBOYADO de 10-MAYO-1986 fue aportada por la mandataria

judicial de Aerocivil, conforme lo expresa en el numeral 3) —fl. 107— de los Anexos de su memorial que obra a folios 106 a 109.

3º *El Acta número 20 de 13 de septiembre de 1984.* Según certificación de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes que sin fecha obra al folio 31, en la sesión del Consejo Nacional celebrada dicho día 13 de septiembre de 1984 bajo la Presidencia del señor Ministro de Justicia doctor Enrique Parejo González, en su ordinal 3º y casi que en lenguaje telegráfico y sin razonamientos de especie alguna se expresa: "3º Luego de estudiadas las peticiones sobre aeronaves suspendidas, se tomaron las decisiones que aparecen en el siguiente orden: ...14. HK-2160-E. José Nelson Suárez, se acordó mantener la medida de suspensión con base en el *Informe* del 29 de marzo de 1984". Así, pues, por tal decisión del Consejo Nacional de Estupefacientes se mantuvo o confirmó su medida anteriormente tomada el 3 de mayo de 1984 sobre suspensión de actividades de vuelo de la avioneta multicitada. Naturalmente dicha confirmación quedará cobijada con igual determinación a la que se adoptará frente al Oficio 1696.

4º El *"Certificado (sic) de Notificación" de 25 de septiembre de 1984,* cobijado igualmente con la pretensión de nulidad impetrada por el actor y así llamado impropiamente por éste, obra a folios 13 y 96 y obviamente mal puede catalogársele de acto administrativo que como tal pueda ser de conocimiento de esta Corporación en un proceso promovido mediante acción de restablecimiento del derecho, pues ese documento no satisface las exigencias que para que se configure un acto administrativo demanda el inciso segundo del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. Se trata simple y llanamente del acta de la diligencia de notificación que al apoderado del actor se le hizo de la decisión del Consejo Nacional de Estupefacientes confirmatoria de la medida de suspensión de vuelo de la avioneta, "según Acta número 20 del día 13 de septiembre de 1984" a que se acaba de aludir en el ordinal 3º antecedente.

Para rematar, la Sala juzga pertinente pergeñar las siguientes consideraciones finales: A) No se analizará el certificado sin fecha de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes que obra al folio 128, relacionado con lo que consta en el Acta número 7 correspondiente a la sesión realizada por dicho Consejo el día 3 de mayo de 1984, por cuanto nada agrega a la determinación adoptada en la misma fecha por el mismo organismo, sobre suspensión de actividades de vuelo, de conformidad con los razonamientos expuestos atrás al respecto. B) En la relación de hechos de la *causa petendi* (punto 9, fl. 4), manifiesta el actor: "Es físicamente imposible que una aeronve (sic) accidentada y suspendida desde el año de 1981 pueda por sí sola ser sujeto activo (sic) de algún delito, y más el que se le indilga" (sic). Naturalmente una cosa como una aeronave, aunque sea autopropulsada, no puede, ni siquiera figurativamente, ser sujeto activo de ilícito alguno en ninguna legislación contemporánea. C) Concatenado con lo que se acaba de apuntar, precisa destacar esto: A folios 19 y 98 aparece duplicada la certificación número 061 del Supervisor de Material Aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, de fecha 8 de agosto de 1984, que reza: "Que revisada la carpeta

de la aeronave HK-2160-E, marca Cessna, modelo TU206G, serie CU20604286, propiedad de José Nelson Suárez, figura suspendida de actividades de vuelo desde el 9 de septiembre de 1981 por vencimiento del Certificado de aeronavegabilidad; así mismo se encuentra suspendida por accidente desde el 6 de septiembre de 1981. Posteriormente según orden del Ministerio de Justicia número 1696 del 3 de mayo de 1984 y Mensaje General del DAAC 031546 se suspendió nuevamente de actividades de vuelo". De esta certificación se deduce sin la menor hesitación lo siguiente: Sobre la mencionada aeronave pesan y están *vigentes tres (3) diferentes suspensiones*, así: En orden cronológico, "se encuentra *suspendida por accidente desde el 6 de septiembre de 1981*"; "figura *suspendida de actividades de vuelo desde el 9 de septiembre de 1981 por vencimiento del certificado de aeronavegabilidad*", esto es, que la segunda suspensión ocurrió casi inmediatamente después de la primera, exactamente tres días más tarde; y *"se suspendió nuevamente de actividades de vuelo"* en acatamiento a la orden impartida mediante el Oficio número 1696 de 3 de mayo de 1984. Obviamente como en el proceso que se está decidiendo no se incluyó dentro de las pretensiones del accionante la declaratoria de nulidad de la orden administrativa de suspensión de actividades de vuelo de fecha 9 de septiembre de 1981, nada se decidirá al respecto, por ser tal cuestión ajena al elenco procesal, por estar excluida de las pretensiones o no involucrada en el *petítum*. D) Por último, en ninguno de los alegatos de los apoderados del Ministerio de Justicia y del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como impugnadores de la acción propuesta (Ver, v. gr., fls. 71 a 81 y 100 a 107), se examina la única prueba exigida para sustentar legalmente los actos acusados, como lo es la indiciaria; y no se hace examen alguno sencillamente porque los aludidos indicios son ajenos, están plenamente ausentes del debate procesal. El "procedimiento" indicado en alguna parte de tales alegatos se aproxima al establecido en el Decreto 1188 y en la Resolución 001, pero discurren *"per saltum"* cuando de indicios se trata, por la anotada inexistencia de estos. Ciertamente hablan de varios "informes", pero estas "informaciones" podrían ser válidas para la decisión administrativa, mas no para la jurisdiccional, bajo los supuestos previstos por el Decreto legislativo 1060 de 5 de mayo de 1984, pero no son bastantes para estructurar la legalidad de los actos acusados.

Al no acatar los actos acusados las previsiones de la Resolución 001 de 1983 sobre indicios, consecuencialmente aquellos quedan como transgresores del canon 26 de la Carta Constitucional, toda vez que no observaron las normas preexistentes al desechar las formalidades atinentes a la producción y consecuente análisis tecno-científico de la prueba indiciaria. Se ha preterido, pues, el cumplimiento normativo preestablecido y por contera se ha lastimado el derecho de defensa. Prosperan, en consecuencia, las pretensiones que el accionante formula en su *petítum*, salvo la atinente al "certificado de notificación".

VII. Decisión:

Con fundamento en las consideraciones precedentes, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, por su Sección Pri-

mera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído su colaborador del Ministerio Público,

Falla:

Primero. Son nulos los siguientes actos administrativos: *A) El Oficio número 1696* de 3 de mayo de 1984, dirigido por el señor Ministro de Justicia, en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, pero solamente en lo que atañe a la suspensión de las actividades de vuelo de la aeronave marca Cessna, con matrícula HK-2160-E, modelo TU206G, serie CU20604286, de propiedad de Oscar Rafael Pineda Montañez, antes de José Nelson Suárez. *B) El Mensaje General* número 031546 de fecha 3 de mayo de 1984, emanado de la Dirección General de Operaciones Aéreas del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, pero únicamente en cuanto se refiere a la suspensión de actividades de vuelo de la mencionada aeronave Cessna de matrícula HK-2160-E. Y *C)* La decisión de mantener la medida de suspensión de vuelo de la citada aeronave de matrícula HK-2160, acordada por el Consejo Nacional de Estupefacientes en sesión de fecha 13 de septiembre de 1984, a que se refiere el *punto 14 del Acta número 20* de la misma fecha.

Segundo. En consonancia con el *petitum* del actor y con el objeto de restablecer el derecho vulnerado, el Consejo Nacional de Estupefacientes y el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil levantarán la sanción de suspensión de actividades de vuelo de la aeronave Cessna de matrícula HK-2160-E, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los tres actos administrativos dispuesta en el punto primero antecedente y en relación únicamente con la sanción impuesta mediante dichos actos administrativos.

Tercero. Se deniega la pretensión del actor sobre declaratoria de nulidad del acta de la diligencia de notificación personal al apoderado judicial del demandante, Abogado Felipe Jesús Ropero Obregón, de fecha 25 de septiembre de 1984, respecto de la decisión del Consejo Nacional de Estupefacientes de mantener la suspensión de actividades de vuelo de la aeronave matriculada bajo el número HK-2160-E, contenida en el Acta número 20 de la sesión realizada por dicho organismo el día 13 de septiembre de 1984.

Cuarto. Una vez en firme este fallo y en orden a su ejecución y cumplimiento, por Secretaría remítaseles copia auténtica del mismo, al señor Ministro de Justicia, en su condición de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, y al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Quinto. Se tiene a la abogada Dora Cecilia Ortiz Dicelys como apoderada sustituta del Ministro de Justicia.

Sexto. Notifíquese como lo manda el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo.

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 tres de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DOCUMENTOS PUBLICOS. RESPALDO PROBATORIO (art. 264 del C. de P. C.). Nulidad.

Declárase nula la Resolución 0072 expedida por el Consejo Nacional de Estupefacientes el 18 de julio de 1985. resolución "por la cual se suspende una licencia de piloto".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 61. Actor: Nelson Fabio Sierra Pastrana.

Por conducto de apoderado especial, el señor Nelson Fabio Sierra Pastrana, mayor y vecino de Bogotá, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, solicitó a esta Corporación, que con citación y audiencia del Ministerio de Justicia se hicieran las siguientes declaraciones:

"A. *Decretar la nulidad* de la Resolución número 0072 de 18 de julio de 1985, proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes y firmada por el señor Ministro de Justicia, en su calidad de Presidente del mismo;

"B. Como consecuencia de la declaratoria de *nulidad* del acto administrativo mencionado, restablézcase el derecho de mi poderdante, consistente en ordenar se levante la suspensión de la Licencia de Piloto Comercial número PC-1967, correspondiente al señor Nelson Fabio Sierra Pastrana;

"C. Condenar a la Nación (Ministerio de Justicia), a pagar a Nelson Fabio Sierra Pastrana, indemnización por los *perjuicios materiales y morales* que se le causó al proferirse el acto administrativo, atentatorio de sus derechos como ciudadano colombiano, en pleno ejercicio de los mismos, y en aplicación del artículo 172 del Decreto número 01 de enero dos de 1984".

El acto acusado:

Mediante la Resolución número 0072 de 18 de julio de 1985, el Ministro de Justicia, en su carácter de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, dispuso:

"*Artículo primero.* Ordénase la suspensión de la Licencia de Piloto Comercial número PC-1967, correspondiente al señor Nelson Sierra Pastrana.

"*Artículo segundo.* Líbrense las comunicaciones pertinentes, al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y al Comando Antinarcóticos de la Policía Nacional.

"*Artículo tercero.* La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

La anterior decisión tuvo como fundamento las consideraciones que a continuación se transcriben:

"Que mediante Oficio número 01470 de julio 14 de 1985, de la Dirección General de la Policía Nacional, se informó al Consejo Nacional de Estupefacientes, sobre la vinculación al tráfico de estupefacientes del señor Nelson Sierra Pastrana, titular de la Licencia de Piloto Comercial PC-1967.

"Que el Consejo Nacional de Estupefacientes, en su reunión del 18 de junio de 1985 acordó suspender la licencia de piloto relacionada en el considerando anterior.

"Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1060 de 1984, que adicionó el artículo 83 del Decreto 1188 de 1974, el Consejo Nacional de Estupefacientes, con base en los informes que reciba sobre actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes, puede disponer la suspensión de las licencias para personal aeronáutico, certificados de aeronavegabilidad o permisos de operación".

La demanda:

En su escrito de demanda el actor hace referencia al Oficio 01470 PN-DG de 14 de junio de 1985 dirigido por el señor Director de la Policía Nacional al señor Ministro de Justicia, cuyo texto, según la transcripción de folio 2, es el siguiente:

"Me permito solicitar al señor Ministro se estudie la posibilidad de cancelar el permiso de aeronavegabilidad a las siguientes aeronaves:

... ...

"Las aeronaves son utilizadas para traer la pasta de coca del Perú y Bolivia que procesan en laboratorios clandestinos del Caquetá y posteriormente la reexportan a los mercados internacionales vía Ecuador. Los pilotos de la organización son los siguientes: ... ... Nelson Sierra Patrana, prófugo de la justicia peruana desde el año de 1983 ... ...

"Los antes mencionados efectúan vuelos nocturnos de los aeropuertos de Guaymaral, Florencia, San Vicente del Caquetá y pistas clandestinas del Vichada, Caquetá y Ecuador para el transporte de la droga. Así mismo solicito que se estudie la posibilidad de cancelar las Licencias de Piloto a los relacionados anteriormente por haberse establecido su vinculación al tráfico de estupefacientes".

Afirma el actor que la Resolución acusada que tuvo su origen en el [illegible] fue dictada sin ser notificada por edicto, en forma tal que "quedó sin la oportunidad de interponer los recursos de ley", habiéndosele privado "de ejercicio de su profesión de piloto desde el momento en que se fue comunicada la decisión al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

En la demanda se citan como transgredidas las normas 20, 21, 28 y 30 de la Constitución Nacional. Y del concepto de violación consignado en dicho escrito transcribe los siguientes párrafos:

"Antes y después de entrar en vigencia el Decreto número 1060, mi mandante ejerció su profesión de Piloto Comercial y nunca, en territorio nacional colombiano, ha sido sindicado de actividad ilícita en la modalidad del narcotráfico. Si no ha sido sindicado de delito alguno, si no se le ha seguido el debido proceso, por qué entonces se procede a suspenderle la licencia de Piloto, teniendo como base para ello informaciones generales, abstractas y no precisas, concretas, con cargos específicos? Se puede sancionar a un colombiano sólo por leves sospechas o indicios? Dónde queda entonces la presunción de inocencia de que está investido todo ciudadano, mientras no se demuestre lo contrario?".

"Si no hay cargos concretos, si no hay denuncia específica se ha violado flagrantemente el principio de legalidad..."

"Por lo visto anteriormente, a Nelson Fabio Sierra Pastrana se le ha aplicado una pena sin juicio previo, con violación a la ley penal y a la norma constitucional una de las llamadas *penas accesorias* que establece el artículo 42 del Código Penal en su numeral 4º: 'Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio' ".

"El Ministerio de Justicia, a través del Consejo Nacional de Estupefacientes, ha considerado su poder ha ejercido su derecho en forma arbitraria: los motivos de la resolución o lo que es lo mismo, las circunstancias de hecho que provocaron la decisión tomada, no son claras, concretas, precisas y se diluyen en argumentos que sólo conllevan especulación o presunción".

Impugnación de la demanda:

El Ministerio de Justicia se constituyó como parte impugnadora por medio de apoderado quien consignó su oposición en escrito presentado el 10 de abril de 1986 planteando dos tesis fundamentales:

a) El artículo 11 del Decreto 1060 de 1984 "atribuyó al Consejo Nacional de Estupefacientes dentro de sus funciones la facultad de disponer sobre la suspensión de las licencias del personal aeronáutico, exigiendo como único requisito previo, que el citado organismo 'posea informaciones' sobre actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes. Agrega que 'la norma en comento no exigió ni exige prueba, siquiera sumario (sic) de la vinculación al narcotráfico de las personas o de las aeronaves sino que lo que exige es, una información sobre actividades vinculadas con dicho narcotráfico' y 'el Consejo Nacional, la poseía', proveniente de una entidad técnicamente dedicada

a buscar información y a investigar diferentes hechos". Por consiguiente, dice, la norma en comento constituye "una excepción a la exigencia de la plena prueba requerida para condenar";

b) La acción se halla caducada, por cuanto al pedir el actor indemnización por perjuicios el asunto debe tener necesariamente una cuantía lo que daría la competencia para conocer del mismo al respectivo Tribunal, donde no se presentó la interrupción de términos a que alude la demanda. Con base en este planteamiento propone la correspondiente "excepción de fondo".

Alegato de las partes:

La parte impugnadora en su alegato final reitera lo esencial de sus tesis conforme los siguientes apartes que deben transcribirse:

"La información exigida por la norma en estudio (artículo 11 del Decreto 1060 de 1984) es cualquiera, ya que en ella no se calificó ni determinó qué clase de información debería poseer el Consejo Nacional de Estupefacientes, que podía ser verbal, escrita, pública, privada, oficial o no oficial ampliamente conocida o de reconocimiento restringido (sic), a lo cual se ajustó el Consejo Nacional de Estupefacientes en el caso controvertido.

"No está demás recalcar que la norma tantas veces mencionada no exige ni siquiera prueba sumaria de la vinculación al narcotráfico de las personas o de la aeronaves sino una simple información sobre actividades vinculadas con dicho narcotráfico".

El demandante por su parte, al emprender la refutación de los argumentos del impugnador, reitera sus iniciales planteamientos relativos a la carencia de prueba de los hechos que dieron lugar al acto impugnado, y a la falta de garantías de que fue objeto en los trámites administrativos adelantados.

Concepto fiscal:

Después de concluir que en el Consejo de Estado radica la competencia para conocer del asunto y que, por ende, no se ha operado el fenómeno de la caducidad, el señor Fiscal conceptúa que las peticiones de la demanda deben resolverse desfavorablemente pues, en su sentir, al actor incumbía probar que el Consejo Nacional de Estupefacientes se equivocó al dictar la Resolución acusada; y que al no haberlo hecho así, el acto demandado continúa amparado por la presunción de legalidad.

Pruebas de oficio (arts. 180 y 184 del C. de P. C.):

A instancias de la Sala y mediante providencia del 18 de mayo del año en curso, y en vista de que por razones no imputables a la parte interesada no se habían practicado unas pruebas, se dispuso solicitar al Consejo Nacional de Estupefacientes el envío de los antecedentes administrativos de la resolución acusada, y a la Dirección General de la Policía Nacional el envío de los antecedentes adminis-

trativos que dieron origen a la comunicación número 01470 PN-DC-CONALE 218 de 14 de junio de 1985 dirigida al Consejo Nacional de Estupefacientes. En la providencia se fijó un término máximo de diez (10) días para el envío de los documentos solicitados. Con fecha 17 de julio del año que avanza se libraron los correspondientes oficios, sin que se hubiera obtenido respuesta alguna en el término indicado, como lo informa el señor Secretario al folio 80 del expediente.

Sin embargo, extemporáneamente y cuando ya el proyecto de fallo se había registrado para la Sala del 31 de julio, llegaron los documentos que se agregan al expediente a folios 81 a 100, los cuales nada nuevo aportan por cuanto apenas son fotocopias de los que ya obraban en el mismo.

Todo lo anterior revela el poco afán de colaboración de las autoridades que dieron origen al acto acusado, para la realización de los fines de la justicia.

Consideraciones de la Sala:

Como quedó visto, el actor solicitó a título de restablecimiento del derecho, el levantamiento de la suspensión de la Licencia de Piloto Comercial que se había dispuesto en el acto acusado, pidiendo adicionalmente una condena en contra de la Nación por perjuicios materiales y morales. No obstante este último pedimento, el demandante no hizo cuantificación alguna de los presuntos perjuicios sufridos, ni relacionó medio alguno de prueba tendiente a demostrar su real ocurrencia. En tales circunstancias, se interpretó la demanda desde un principio como contentiva de una acción de restablecimiento del derecho carente de cuantía, dirigida básicamente a obtener la nulidad del acto acusado y el consiguiente levantamiento de la sanción administrativa impuesta. Y ese fue también el sentido que le dio el demandante a su pedimento como claramente se lee en el libelo. Así las cosas, estima la Sala que aquí se trata de un asunto de su exclusiva competencia al tenor de lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y en tales condiciones, debe concluirse que la demanda en el presente asunto fue oportunamente incoada y, en tal virtud, la excepción de inepta demanda propuesta carece de piso jurídico.

Allanado el aspecto anterior, se procede al estudio del problema planteado en el libelo que dio origen al presente juicio.

El Consejo Nacional de Estupefacientes fundamentó la decisión impugnada en el artículo 11 del Decreto 1060 de 1984, que adicionó el artículo 83 del Decreto 1188 de 1974, otorgando a dicho organismo la función de "disponer, de acuerdo con las informaciones que posea sobre actividades de personas y aeronaves y uso de aeródromos o pistas vinculados al tráfico de estupefacientes, la suspensión de las licencias para personal aeronáutico, certificados de aeronavegabilidad o permisos de operación. Para el efecto impartirá al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil las instrucciones a que haya lugar".

El contenido de la anterior disposición llevó a la señora apoderada del Ministerio de Justicia a afirmar que la norma en cuestión consagra "una excepción a la exigencia de la plena prueba para con-

denar", por lo cual en este caso no se requiere ni siquiera "prueba sumaria de la vinculación al narcotráfico", bastando por lo mismo que el Consejo Nacional de Estupefacientes posea "cualquier clase de información...que podría ser verbal, escrita, pública, privada, oficial o no oficial", con base en la cual estaría facultado para proceder a suspender la licencia de piloto al señor Nelson Sierra Pastrana.

Los anteriores planteamientos que constituyen una fiel síntesis de lo que ha sido el proceder de la Administración frente al caso de autos implica un rotundo desconocimiento de los más elementales principios que informan nuestro régimen probatorio. A ello alude implícita pero inequívocamente el demandante, tanto en el concepto de la violación como en su alegato, al anotar repetidamente como a la sanción de suspensión de la licencia de piloto se llegó sin que mediara prueba alguna de los hechos que se le imputaban. Cabe aquí invocar en primer término el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a las actuaciones administrativas al tenor del artículo 57 del Decreto 01 de 1984. De acuerdo con aquella norma "toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".

No puede haber en consecuencia en nuestro ordenamiento jurídico excepción alguna al principio de la "exigencia de la plena prueba para condenar", ni a esta medida se puede llegar, en ningún caso, por simples informaciones, "de cualquier clase". Sostener lo contrario, como lo hace la señora apoderada del Ministro de Justicia, implica lisa y llanamente entronizar el imperio de la más cruda arbitrariedad. Esto ha sido cabalmente lo acontecido en el caso *sub júdice*. El Ministro de Justicia en su carácter de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, se limitó a dictar la Resolución acusada, a acoger pasivamente la comunicación del Director General de la Policía Nacional en el sentido de que el señor Nelson Sierra se hallaba vinculado al tráfico de estupefacientes, sin intentar efectuar el más mínimo análisis crítico de los fundamentos de las afirmaciones de la entidad policiva y prescindiendo de toda iniciativa tendiente a la comprobación del cargo. Y no se diga que el informe contenido en el Oficio número 01470 de 14 de junio de 1985 constituye un documento público y que por ende tenía el carácter de plena prueba en la cual podía apoyarse sólidamente la entidad sancionadora. Cabe aquí traer a colación el contenido del artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, que reza: "Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza". El sentido obvio de la norma es el de que, ante un documento público, no puede ponerse en duda, en principio, el otorgamiento del mismo, su fecha y el hecho material de las declaraciones allí plasmadas. Mas estas últimas, lógicamente deben tener el debido respaldo probatorio. Dicho en otras palabras, si en un documento público se hacen sindicaciones o cargos en contra de determinada persona, debe presumirse que en efecto el cargo y la sindicación tienen el origen oficial que allí consta, los cuales sólo serán tenidos como ciertos en la medida en que existan elementos de juicio que los respalden.

A solicitud de la misma apoderada del Ministerio de Justicia, se pidieron a la Dirección General de la Policía Nacional los antecedentes relacionados con la comunicación relativa al señor Nelson Fabio Sierra.

Dicho organismo se limitó a informar, a folios 43, que daba traslado de la petición al Jefe de Antinarcóticos de la misma entidad. Y esta dependencia no suministró respuesta alguna. De lo anterior debe forzosamente concluirse que en esta primera fase de la actuación administrativa no se adoptó procedimiento alguno tendiente a la debida comprobación de los hechos imputados.

Las "informaciones" de que trata el artículo 11 del Decreto 1060 de 1984 y que deben servir de fundamento a las decisiones que adopte el Consejo Nacional de Estupefacientes, no pueden ser en consecuencia de "cualquier clase" como lo pretende la señora apoderada del Ministro de Justicia, sino que deben ser la culminación de diligencias de acopio y recopilación del material probatorio que respalde fehacientemente las conclusiones finales a que se llegue. Como tal procedimiento fue en absoluto omitido en el caso de la sanción impuesta al demandante, hay que concluir que aquella está huérfana de todo sustento probatorio, quebrantándose por ende las normas antes aludidas, debiéndose por lo mismo, declarar la nulidad del acto acusado, con la consiguiente restitución del derecho vulnerado.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º *No se accede* a decretar la excepción de fondo propuesta por la parte impugnadora.

2º *Declárase nula* la Resolución número 0072 expedida por el Consejo Nacional de Estupefacientes el 18 de julio de 1985, resolución "por la cual se suspende una Licencia de Piloto".

3º Como consecuencia de la declaratoria anterior. el Consejo Nacional de Estupefacientes adoptará las medidas necesarias a fin de que le sea levantada al señor Nelson Fabio Sierra Pastrana la sanción impuesta en la citada Resolución, librando las comunicaciones pertinentes al Departamento Administrativo de Aeronautica Civil y al Comando Antinarcóticos de la Policía Nacional.

4º *Niéganse* las demás peticiones de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 3 de agosto de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA IMPOSITIVA (Nulidad).

1. No existen derechos adquiridos frente al Estado y mucho menos en materia impositiva.

2. Reiteración jurisprudencial de fallos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado: "...En materia de derechos adquiridos no puede hablarse del mismo plano, cuando, a ellas se refiere la legislación civil, o cuando a las situaciones jurídicas se refieren las normas de derecho público. CIAT

"CENTRO INTERNACIONAL DE AGRICULTURA TROPICAL".

1. Ley 24 de 1959 acuerdo entre Colombia y la Fundación Rockefeller. Finalidad. Características.

2. Decreto ejecutivo 301 de 1968: Determina de acuerdo a las prescripciones de la Ley 24 de 1959 los privilegios y prerrogativas a que tienen derecho el CIAT y su personal técnico y científico. Exenciones. DECRETO EJECUTIVO Y DECRETO REGLAMENTARIO. Han de correr la suerte de la ley que le sirva de fundamento. APORTES AL SENA. ENTIDADES Y PERSONAS QUE EN CARACTER DE EMPLEADOS ESTAN OBLIGADAS A PAGAR APORTES. Ley 21 de 1982. Artículo 7º. DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA IMPOSITIVA. No existe constitucionalmente traba o estorbo alguno para que en cualquier tiempo el legislador disponga lo que encuentre conveniente y necesario en materia impositiva. TRATADOS O CONVENIOS QUE CELEBRE EL GOBIERNO. Han de ser sometidos a la aprobación del Congreso, sin cuyo consentimiento no pueden tener vigencia. CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR. Afiliación y recaudo de aportes. Sanciones que deben imponer el Ministerio de Trabajo cuando las entidades que deben afiliarse no lo hacen. SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR. Inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones de subsidio familiar. Decrétase la nulidad del artículo 3º de la Resolución 112 del 23 de junio de 1983 expedida por el Gerente del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Regional Valle. Decrétase la nulidad de las Resoluciones 293 de 19 de agosto de 1983 dictada por el mismo funcionario y 3035 de 14 de octubre de 1983 expedida por el Director General del Sena, pero sólo en cuanto confirman el artículo 3º anulado, de la Resolución 172 de 1983 (junio 23).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., catorce de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 197. Actor: Centro Internacional de Agricultura Tropical, CIAT.

1. Antecedentes:

El Centro Internacional de Agricultura Tropical —CIAT—, demandó en acción de plena jurisdicción (febrero 8 de 1984) la nulidad de las Resoluciones números 172 (junio 23), 293 (agosto 19) y 3035 (octubre 14), todas de 1983, expedidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, y por medio de las cuales fue impuesta y confirmada en sede administrativa la siguiente obligación pecuniaria:

"Artículo primero. Ordénase al Centro Internacional de Agricultura Tropical —CIAT—, el pago de la suma de ocho millones ochocientos dieciséis mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos moneda corriente ($ 8.816.448.00), por concepto de los aportes causados a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por la vigencia de 1982 (02-12) y 1983 (01-04).

"Artículo segundo. El pago deberá efectuarse al Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, Regional del Valle dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente Resolución.

"Artículo tercero. A partir de la fecha el Centro Internacional de Agricultura Tropical —CIAT—, deberá dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 21 de 1982, afiliándose a una Caja de Compensación Familiar, que funcione en la ciudad de Palmira donde causan los salarios de sus trabajadores.

"Artículo cuarto. La presente Resolución debidamente ejecutoriada prestará mérito ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria".

El artículo quinto indica los recursos que proceden en la vía gubernativa y que fueron utilizados por el CIAT para agotar aquella.

Consideró el actor que al expedir los actos materia de la acusación, el SENA violó las siguientes disposiciones: De la Constitución Política, los artículos *30*, y *120 numeral 20;* del *Código Civil, los artículos 71 y 72;* de la *Ley 57 de 1887, el artículo 5º;* de la *Ley 25 de 1981, los artículos 3º y 9º literal e);* de la *Ley 21 de 1982, el artículo 41 numeral 1º;* y del *Decreto 2337 de 1982, el artículo 5º.*

Adelantado el proceso hasta la presentación de los alegatos de conclusión, sobrevinieron los hechos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985, durante los cuales el expediente fue consumido por las llamas del incendio del Palacio de Justicia. La parte actora solicitó la reconstrucción, la cual fue decretada en oportunidad, quedando los autos

listos para dar traslado al señor Fiscal Primero de la Corporación, a fin de que formulara su concepto de fondo, visible a folios 108 y siguientes del proceso reconstruido.

Como no se encuentra causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, procede la Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto a través de las siguientes

2. Consideraciones:

2.1. Los derechos adquiridos. Para una mejor comprensión de las razones consignadas en el presente fallo, considera la Sala conveniente iniciar el examen de los cargos por el identificado con el número 2 del capítulo sobre concepto de la violación, en el texto de la demanda. Tanto allí como en el alegato de conclusión, considera el CIAT que los actos administrativos expedidos por el SENA envuelven una transgresión del artículo 30 de la Constitución Nacional, por cuanto el Decreto 301 de 1968, expedido en desarrollo del artículo 4º de la Ley 24 de 1959, a través del artículo 6º creó una exención tributaria a favor del Centro, que hacía imposible el cobro de los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje. Considera el actor que frente a la disposición citada, según la cual "el Centro Internacional de Agricultura Tropical —CIAT— y las operaciones que éste ejecute estarán exentos de toda clase de impuestos, tasas, contribuciones o gravámenes", los actos materia del proceso constituyen una violación de verdaderos derechos adquiridos, mucho más cuando son la resultante de la aplicación de normas expedidas para regular aspectos que se refieren a convenios internacionales, traducidos en la imposibilidad de exigir los aportes de que se ha hecho mención y que constituyen un impuesto. Dice el demandante:

"El SENA ha violado el artículo 30 de la Constitución Nacional porque la exención de que goza el CENTRO constituye un derecho adquirido con justo título, con arreglo a las leyes civiles que no puede ser desconocido ni vulnerado por una ley posterior como es el artículo 7º de la Ley 21 de 1982, sobre Subsidio Familiar.

"El ejercicio de la función recaudadora de los organismos del Estado debe cumplirse respetando aquellos privilegios y favores concedidos para estimular ciertas actividades de interés nacional, los cuales constituyen derechos adquiridos por la persona a quien se otorgaron, salvo que tales privilegios y favores sean derogados o revocados por una ley de las mismas características de aquella en que se concedieron.

"Los privilegios de que goza el CIAT están vigente en la actualidad por no haber sido revocados ni derogados por el Gobierno Nacional" (folio 12).

Por su parte, el señor Agente del Ministerio Público, apoyado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, considera que no siendo los aportes al SENA, impuestos, resulta equivocado el planteamiento de la demanda en cuanto los considera tales.

Contrariamente a lo supuesto por el actor, no existen derechos adquiridos frente al Estado, y mucho menos en materia impositiva

(asumiendo que los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje participan de la naturaleza de esta clase de tributos), toda vez que ni el artículo 30 de la Constitución Política ni norma alguna de este ordenamiento supralegal establecen restricciones para que el legislador en cualquier tiempo disponga sobre tal materia. De allí que resulte de la mayor importancia recordar planteamientos y precisiones hechas tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, a través de los cuales se señala cómo en materia de derechos adquiridos no puede hablarse en el mismo plano, cuando a ellos se refiere la legislación civil, o cuando a las situaciones jurídicas se refieren las normas de derecho público. En efecto, dijo el Consejo de Estado, en jurisprudencias que merecen plena confirmación:

"En la disposición inicial del artículo 30 de la Carta se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, 'con arreglo a las leyes civiles', los cuales no pueden desconocerse ni vulnerarse por leyes posteriores. No obstante el contenido de esa regla, generalmente se considera que toda situación subjetiva de derecho, cualquiera que sea la naturaleza de la norma que la ampare, goza, en idéntico grado, de aquella tutela jurídica especial. Aceptada corrientemente sin discriminaciones ni matices, esa interpretación ha logrado dominar el pensamiento jurídico nacional hasta el extremo de convertirse en algo semejante a un dogma jurídico ajeno al derecho positivo y contrario a sus ordenamientos. Pero en razón de que ordinariamente se enuncia esa doctrina en términos tan absolutos, la Sala Unitaria no la comparte en su integridad, a pesar del respaldo que le ofrece la jurisprudencia colombiana.

"Orientados, en buena parte, por la primitiva fórmula constitucional del 86, los reformadores del 36 sólo otorgaron aquella protección, en forma expresa, a la propiedad privada y a los derechos adquiridos con justo título, 'con arreglo a las leyes civiles'. El nuevo mandato, lo mismo que el antiguo, guardó silencio en relación con las situaciones amparadas por leyes de otra naturaleza. Ello sugiere, en principio, que únicamente los derechos perfeccionados conforme a la legislación privada están garantizados por la primera disposición de la norma analizada.

"Los constituyentes del 36, alejándose de la concepción tradicional en cuanto al segundo mandato del artículo comentado, relievaron la importancia que tienen las nociones de utilidad pública y de interés general en el juego de las relaciones jurídicas, afianzaron y extendieron la idea de la prevalencia de los intereses comunes sobre los privados, y consagraron —a manera de ordenación básica de todo el sistema— el principio de que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Toda normación que establezca nexos tan estrechos, directos e inmediatos entre la comunidad y los particulares, crea necesariamente un vínculo jurídico entre el Estado, como sujeto del derecho público y personero de los intereses colectivos, y los propietarios, como titulares de un poder legal que ha de operar forzosamente en función de sus objetivos sociales. Ello implica que tales relaciones, por razón de su naturaleza jurídica, escapan al dominio de la legislación civil. Tanto va de los conceptos de utilidad general, interés común y función social al concepto de interés particular, cuanto pueda ir de la

noción de derecho público a la de derecho privado. Y precisamente, porque las leyes expedidas para satisfacer necesidades y requerimientos colectivos tienen motivos determinantes y finalidades más altas que las dictadas para regular situaciones puramente individuales, las primeras prevalecen sobre las últimas y están sujetas a un régimen jurídico más elástico y flexible en cuanto al principio de la irretroactividad.

"Así pues, el artículo 30 en su primera parte, carece de los ilimitados alcances que generalmente se le atribuyen y no permite la generalización indiscriminada de su tutela. Y como la inclusión expresa de una materia conlleva la tácita exclusión de las otras, puede decirse que en el ordenamiento constitucional comentado juegan dos categorías jurídicas diferenciadas: Los derechos adquiridos con justo título 'con arreglo a las leyes civiles', y las situaciones concretas organizadas conforme a estatutos de carácter distinto. Los primeros están amparados directamente por aquella norma constitucional, en tanto que las segundas sólo las protege la doctrina de la irretroactividad consagrada en varias disposiciones de la Ley 153 de 1887 y de otros estatutos.

"Y es apenas lógico que así sea, ya que las reglas de derecho público, en razón de los objetivos superiores que persiguen, de la índole propia de los fenómenos normados en ellas y de la inmensa gama de matices y modalidades que ofrecen, rechazan la posibilidad de que se les sujete a un régimen jurídico uniforme en cuanto a su aplicación o a un sistema rígido e inflexible de irretroactividad. Sólo el legislador, en cada caso, está en condiciones de apreciar la urgencia de ejecutar los ordenamientos de esta naturaleza y de determinar la incidencia directa e inmediata que ellos puedan tener sobre las situaciones creadas. Por tales motivos, precisamente, el concepto de derecho adquirido no tiene la misma trascendencia en los estatutos administrativos, fiscales, de baldíos, etc., que en las leyes puramente civiles (Auto de 9 de septiembre de 1964. Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta). *Anales* 1964. Tomo 68, página 208.

"En materia de Derecho Público no hay derechos adquiridos. Esta noción admitida por el derecho universal, se refiere sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo hacen parte del haber de las personas privadas. Pero es contraria a la dinámica del Estado, a la necesidad permanente de modificación de los instrumentos de gobierno, al mismo buen gobierno. Sería la estaticidad, el estancamiento, el anquilosamiento de las instituciones, la creación de cuerpos extraños que harían permanentemente imposible la función rectora de la Constitución y el poder del Congreso" (Auto de 15 de diciembre de 1965. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Guillermo González Charry). *Anales* 1965. Tomo 69, números 407-408, páginas 435.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se pronuncia así sobre el mismo tema, pero refiriéndose directamente a la materia impositiva:

"2. La potestad de decretar impuestos es característica esencial de la soberanía del Estado, sin que exista en la Constitución precepto

que, en forma alguna, limite o condicione esa facultad en cuanto a los sujetos de la obligación tributaria o en cuanto a los bienes, rentas, hechos u operaciones gravables. En otras palabras, no hay en la Carta normas que consagren exenciones impositivas de cualquiera naturaleza.

"En efecto, los únicos preceptos que en materia impositiva trae la Constitución son los siguientes: El artículo 31, que sólo autoriza los monopolios del Estado como arbitrio rentístico, previa indemnización de quienes resulten afectados; el 38, que permite exigir la presentación de libros para la tasación de impuestos y, de modo expreso, que pueda gravarse la circulación de impresos por los correos; el 43, que trae la regla general de que en tiempo de paz sólo el Congreso, las asambleas y concejos pueden decretar contribuciones; el artículo 76, numerales 13, 14 y 22, sobre facultades al Congreso para establecer las rentas nacionales, decretar impuestos extraordinarios o señalar pautas sobre gravámenes arancelarios; el artículo 79, sobre iniciativa gubernamental o del legislador en materias impositivas; el 120, numeral 22, sobre facultades del Presidente en cuanto a aranceles y tarifas de aduanas; los artículos 204, 205, 206, sobre tributos indirectos, de aduanas y percepción de impuestos, en general, y el artículo 210 que reitera, a propósito de la expedición del presupuesto, la potestad del Congreso para establecer las rentas nacionales. Finalmente, en cuanto a rentas, o impuestos departamentales y municipales, la Constitución contempla ciertas regulaciones, que no vienen al caso, en los artículos 183, 187, 191 y 197.

"Y en ninguna de esas reglas normativas de la potestad impositiva del Estado, ni en otras de la Carta, existe implícita o expresa la prohibición de gravar cualesquiera clase de bienes o ingresos, o garantía de exención respecto a algunos de ellos o de cierto grupo de personas, salvo lo que pueda inferirse en cuanto a los bienes y rentas de los departamentos y municipios, conforme al artículo 183.

"3. El hecho de que el artículo 30 de la Constitución garantice la propiedad privada y en general los derechos adquiridos, significa simplemente, como lo enuncia el mismo texto, que una ley posterior al momento en que tuvieron nacimiento o en que quedaron constituidos, no puede borrar su existencia, desconocerlos a su titular, vulnerarlos en su esencia, lo cual, empero, no obsta a que el interés particular deba ceder al público o social.

"Pero de esa norma protectora de los bienes e intereses privados, básica para los derechos individuales y sociales, no puede derivarse, por interpretación extensiva que nada autoriza, una limitación directa o indirecta, a la fundamental e incondicionada potestad impositiva del Estado, que para la atención de sus cargas de toda índole necesita, de manera forzosa e ineludible, gravar precisamente los bienes y derechos, entre ellos cualquier ingreso, amparados por el artículo 30, y en orden, entre otros fines, a asegurar esa protección.

"....

"Otra cosa es que por motivos de conveniencia, de estímulo a la actividad económica, por razones sociales o aún por dificultades para la tasación o recaudo, en ocasiones el Estado se abstenga de gravar

determinados bienes o ingresos, o expresamente los declare exentos, no obstante pertenecer a categorías bien definidas y siempre susceptibles de imposición, toda vez que, como se dijo, el legislador no está sometido a mandatos imperativos ni a limitaciones constitucionales en estas materias. Y cabe afirmar que la omisión o abstención inmemorial del Estado en gravar ciertos bienes o rentas, no le impide cobijarlos con el impuesto, en cualquier momento, extendiendo a ellos los tributos conocidos, o creando unos nuevos al efecto, ni tampoco la exención expresamente decretada en un momento lo cohíbe para derogarla total o parcialmente en el futuro, ni una tarifa dada lo vincula eternamente. Porque, se repite, si no existe limitación constitucional alguna en estas materias, no puede hablarse de que esas situaciones previas conformen de por sí, para sus eventuales beneficiarios, derechos adquiridos" (Fallo de 17 de junio de 1970. Corte Suprema de Justicia, Consejero ponente doctor Hernán Toro Agudelo). Gaceta Judicial, número 2338, Tomo 137 *Bis.*, páginas 241-242.

A la luz de los anteriores planteamientos, puede concluirse de la siguiente manera para el caso materia de esta decisión: La Ley 24 de 1959, cuyo objetivo, como lo dice su artículo 1º, consiste en asegurar el aprovechamiento o la prestación de asistencia técnica, o el suministro de elementos, convenientes para la formulación y ejecución de planes y programas de desarrollo económico, social, cultural, sanitario, etc., a través de la celebración de contratos o convenios con organismos o agencias especializadas internacionales, mediante el artículo 4º estableció un tratamiento de privilegio impositivo o tributario en favor de estas personas que celebren contratos con Colombia, en los siguientes términos:

"Los capitales, maquinarias y en general los demás elementos que se importen al país en desarrollo de los contratos o acuerdos a que se refiere la presente ley, quedarán exentos de toda clase de impuestos, tasas, contribuciones o gravámenes.

"Parágrafo. Los sueldos y emolumentos pagados por las entidades a que se refiere el artículo primero, a los funcionarios internacionales que vengan al país en desarrollo de los mismos contratos o acuerdos, quedarán exentos del impuesto sobre la renta y complementarios".

En desarrollo específico de la Ley 24 de 1959, el Gobierno de Colombia y la Fundación Rockefeller, sociedad norteamericana, sin fines de lucro, domiciliada en Nueva York, con personería jurídica debidamente reconocida conforme a las leyes del Estado de Nueva York, celebraron el 7 de noviembre de 1967 un Acuerdo para establecer, mediante esfuerzos conjuntos una organización que se denominó Centro Internacional de Agricultura Tropical, establecido en Colombia como organización autónoma, filantrópica, sin fines de lucro y exenta de impuestos, según reza la cláusula tercera (fl. 49). Mediante Resolución número 4339 de 4 de diciembre de 1967, el Ministerio de Justicia reconoció personería jurídica al Centro, con domicilio en la ciudad de Bogotá.

Posteriormente fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto ejecutivo número 301 de 1968 (marzo 7), con el objeto de determinar,

conforme a prescripciones de la Ley 24 de 1959 los privilegios y prerrogativas a que tienen derecho el CIAT y su personal técnico y científico. Igualmente, mediante tal acto administrativo fueron establecidas exenciones sobre los bienes, elementos y equipos que se importen para atender a las funciones de la institución. Pero el Decreto agregó en el artículo 6º: "El Centro Internacional de Agricultura Tropical (CIAT), y las operaciones que éste ejecute estarán exentos de toda clase de impuestos, tasas, contribuciones o gravámenes, y los funcionarios internacionales a su servicio estarán exentos del impuesto sobre la renta y complementarios sobre los ingresos que perciban en calidad de sueldos, honorarios, subsidios, viáticos y demás asignaciones similares".

Aceptando que el Decreto 301 de 1968 no excede lo dispuesto por la Ley 24 de 1959, cuyo sentido parace dirigirse sólo a facilitar la importación de bienes y servicio y a "privilegiar" esos hechos mediante exenciones tributarias, es evidente que la norma simplemente ejecutiva, como la reglamentaria, en este caso, ha de correr la suerte de la Ley que le sirva de fudnamento. Ahora bien, el artículo 7º de la Ley 21 de 1982 al mencionar y enumerar las entidades y personas que en carácter de empleadoras están obligadas a pagar los aportes al SENA no excluye a ninguna que puede asimilarse a la demandante, ni en disposiciones diferentes a la mencionada establece que continúen en vigencia normas anteriores, sino que, por el contrario, en el artículo 93 deroga expresamente todas las que resulten contrarias a esta reglamentación íntegra del subsidio familiar y de los aportes al SENA, derogatoria que obviamente ha de cobijar lo dispuesto por la Ley 24 de 1959 y por ende lo consignado en el Decreto 301 de 1968, en cuanto implique regulación de aspectos que, como el contemplado, han sido objeto de tratamiento legislativo en textos posteriores.

En consecuencia de todo lo dicho y como quiera que, según se ha visto, no existe constitucionalmente traba o estorbo alguno para que en cualquier tiempo el legislador disponga lo que encuentre conveniente y necesario en materia impositiva, no violaron los actos administrativos acusados los artículos 30 de la Constitución Política, 71 y 72 del Código Civil y 5º de la Ley 57 de 1887, porque no hay en este caso derechos adquiridos qué garantizar, ni prevalencia de normas especiales sobre generales, ni estatutos posteriores que deban respetar la vigencia de los anteriores y, en cambio, hay contradicción entre lo dispuesto por la Ley 21 de 1982, artículo 7º y el Decreto ejecutivo 301 de 1968, en cuyas disposiciones pretende ampararse el demandante, no obstante su condición de norma inferior a la ley. Por lo demás, la Ley 157 de 1959 sólo se refiere a exención de impuestos a bienes y servicios que se importen.

2.2. La naturaleza del convenio. Alega el CIAT que las actuaciones administrativas censuradas incurren en transgresión del numeral 11 del artículo 76, y del numeral 20 del artículo 120 de la Carta, por cuanto el convenio celebrado entre el Gobierno Nacional y la Fundación Rockefeller, origen y fundamento del CIAT, no permite exigir a éste pago alguno como el reclamado por el SENA, toda vez que la exención está amparada por la intervención del Presidente de la República, quien en ejercicio de las autorizaciones de la Ley 24 de

1959 (C. N., art. 76, numeral 11) celebró el convenio, que a su turno es aplicación de la facultad que tiene el Jefe del Estado para "dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional".

Razona así el actor: "Conforme al artículo 120, numeral 20 de la Constitución Nacional es facultad exclusiva del Presidente de la República dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional y conforme al numeral 11 del artículo 76 de la misma Constitución, previa autorización emanada del Congreso, puede extender las relaciones comerciales y celebrar contratos o convenios con organismos internacionales y con entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras. Con tal fin el Congreso de Colombia dictó la Ley 24 de 1959 cuyo artículo 1º autorizó al Gobierno Nacional a celebrar esa clase de contratos y cuyo artículo 2º como solo requisito de validez impuso a tales convenios la aprobación del Presidente de la República previo concepto favorable del Consejo de Ministros. Su artículo 4º estableció los privilegios de importación libre y sin impuestos de capitales, maquinarias y equipos y la exoneración de impuestos a los funcionarios que en desarrollo de tales contratos vengan al país para cumplir los programas de desarrollo económico, social, cultural, sanitario u otras materias conexas que pueden ser cubiertas por ese tipo de contratos".

Y agrega, para afirmar la violación de normas superiores: "No es competencia del SENA modificar los contratos y convenios que tiene celebrados el Presidente de la República con entidades extranjeras" (folio 11).

Aún aceptando que el Acuerdo Gobierno - CIAT se halle comprendido entre los que son objeto de dirección comercial por parte del Presidente de la República, no establece la Constitución en el artículo 120, numeral 20 que tales relaciones escapen a la regulación legal, como sí ocurre con las relaciones diplomáticas. Y muy por el contrario, el texto señala cómo los tratados o convenios que celebre el Gobierno han de ser sometidos a la aprobación del Congreso, sin cuyo consentimiento no pueden tener vigencia. Pero evidentemente este no es el caso del Acuerdo que aquí aparece como fundamento de la acción. Así lo reconoce el mismo actor implícitamente, toda vez que para nada ha mencionado la existencia o necesidad de ley aprobatoria y, en cambio, apoya su argumentación central en las autorizaciones que se desprenden de la Ley 24 de 1959, que a su turno se apoya en el numeral 11 del artículo 76 constitucional.

Ahora bien, ya se vio cómo la ley últimamente citada, así como el Decreto expedido en desarrollo de la misma, no pueden convertirse en valla insalvable para que el Congreso o el Gobierno en reemplazo de aquél, vuelva sobre las disposiciones que regulan la cuestión impositiva creando o suprimiendo tributos, sin que haya lugar a reconocer en este caso derechos adquiridos o situaciones jurídicas inmodificables. Por consiguiente, no encuentra la Sala que haya sido objeto de transgresión el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional, porque la Ley 24 de 1959, que permitió la celebración del Acuerdo, no podía garantizar exenciones tributarias inmodificables por ley posterior. Luego hay que entender que cuando el artículo 4º de aquella

ley estableció la exención tributaria en relación con los convenios que se celebraran en cumplimiento de la misma, lo hizo en el entendido de que cualquier norma posterior, de igual jerarquía, pudiera abolir y suspender el privilegio, que fue precisamente lo ocurrido cuando el Congreso expidió el artículo 7º de la Ley 21 de 1982, confirmando la derogatoria mediante el artículo 93 *ibidem*. En consecuencia, no ha sido violado el numeral 20 del artículo 120 de la Constitución Nacional, por los actos administrativos acusados.

2.3. Las facultades del SENA. La parte actora considera que a través de las resoluciones acusadas, el SENA pretende, ilegalmente, ejercer competencia para recaudar los aportes liquidados, por cuanto el numeral 4º del artículo 41 de la Ley 21 de 1982 y el numeral 1º del artículo 5º del Decreto 2337 de 1982, atribuye esa facultad exclusiva y excluyentemente a las Cajas de Compensación Familiar.

Considera la Sala que carece de razón el demandante. Es verdad que en las normas citadas se establece para las Cajas la función recaudadora del subsidio familiar y de los aportes para el SENA. Pero esta atribución, como resulta obvio, sólo puede ser cumplida por las Cajas en relación con los empleadores afiliados a las mismas, mas no frente a otros que, estando obligados por la ley a serlo, como considera el Consejo que ocurre con el CIAT, resuelvan no llevar a cabo la afiliación. En estos eventos las Cajas no tienen capacidad para obligar al empleador a afiliarse y, por consiguiente, no están en capacidad tampoco para recaudar las sumas que la ley les ha ordenado recibir. Aparace entonces la necesidad de normas legales que eviten la burla a la ley. Mecanismos existen para que el Ministerio de Trabajo por procedimientos adecuados sancione la rebeldía de quienes estando obligados a afiliarse a las Cajas de Compensación, no lo hagan. Y por otra parte, puede también el SENA en ejercicio de las atribuciones que le otorga el Decreto-ley 3123 de 1968 y que constituye su estatuto orgánico en vigencia, expedir resoluciones como las acusadas, las cuales, conforme al artículo 24 del mismo estatuto y el artículo 4º del Decreto reglamentario 1911 de 1972, prestan mérito ejecutivo ante los jueces civiles. No se violan, en consecuencia, las disposiciones citadas en este punto.

2.4. El concepto de la Superintendencia de Subsidio Familiar. La Ley 25 de 1981 en el artículo 3º atribuye a la Superintendencia de Subsidio Familiar la inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar; y en el literal e) del artículo 3º la autoriza para absolver las consultas que se presenten en relación con las normas legales sobre subsidio familiar y estatutarias sobre instituciones sometidas a su control. Considera el demandante que el SENA incurrió en violación de estas normas, porque consultó con la Superintendencia sobre la obligación del CIAT de pagar el subsidio familiar y los aportes a aquel establecimiento público.

No parece que la consulta a que se refiere esta parte de la demanda constituya una causal de anulación de los actos acusados, porque ninguna disposición impide que cualquier persona natural o jurídica, pública o privada solicite conceptos a quienes pueden estar en condiciones, por sus conocimientos sobre determinadas materias,

de resolver dudas o aclarar puntos que requieran ilustración. Y si de violación legal se trata, ésta habría que buscarla, no en la pregunta formulada, sino en la respuesta de la Superintendencia, para cuestionar si ésta se halla en capacidad legal de absolverla, conforme a las normas invocadas y que se relacionan con las competencias de esta repartición administrativa.

Por otra parte, en nada cambiaría el contenido de los actos demandados, un pronunciamiento sobre este aspecto, porque en verdad la cita del concepto emitido por la dicha Superintendencia, aparece en la Resolución 3035 de 1983, como un argumento más de la parte motiva, que sólo pretende reforzar los planteamientos hechos por el SENA desde la Resolución inicial, en la cual fue determinada la obligación para el actor, de pagar los aportes debidos.

2.5. La orden de afiliación. En cambio, sí resulta ilegal el artículo tercero de la Resolución 172 de 1983, confirmada por las demás acusadas, en cuanto establece imperativamente la orden al CIAT de afiliarse a una Caja de Compensación Familiar que funcione en la ciudad de Palmira, porque ninguna disposición legal autoriza al SENA para hacer un pronunciamiento de tal naturaleza. Sus funciones, según se ha visto, se limitan a liquidar y reclamar los aportes que le pertenecen, sin que pueda inmiscuirse en comportamientos que escapan a su control o actividad.

Por lo anteriormente expuesto, la Sección Primera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Es nulo el artículo tercero de la Resolución número 172 del 23 de junio de 1983 expedida por el Gerente del Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, Regional del Valle.

Segundo. Son nulas las Resoluciones, 293 de 19 de agosto de 1983 dictada por el mismo funcionario, y 3035 de 14 de octubre de 1983 expedida por el Director General del SENA, pero sólo en cuanto confirman el artículo tercero anulado, de la Resolución 172 de 1983 (junio 23).

Tercero. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente con excusa.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

REVISOR FISCAL DE SOCIEDADES.
Resoluciones (ordinal 2º del art. 207 del C. de Co.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 245. Autoridades Nacionales. Actor: Horacio Ayala Vela.

El señor Horacio Ayala Vela actuando a través de apoderado, solicita que previos los trámites legales se declare mediante sentencia:

"*Primero.* Que es nula la Resolución número SV-GR-05110, del 18 de julio de 1983, de la Superintendencia de Sociedades, por medio de la cual se resolvió suspender, por el término de un año, del cargo de revisor fiscal de la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A., con domicilio en Bogotá a mi mandante señor Horacio Ayala Vela y, también la Resolución número SV-GR-07198 del 5 de octubre de 1983, de la misma Superintendencia, que en decisión de recurso de reposición confirmó en todas sus partes la primera.

"*Segundo.* Que por lo precedente resulta igualmente nulo el acto administrativo contenido en el Acta de Visita número SV-00037 del 18 de abril de 1983, de la misma Superintendencia, documento que sirvió de base a las Resoluciones ya indicadas en el punto primero.

"*Tercero.* Que como consecuencia de la declaración de nulidad pedida en los puntos anteriores, se restablezca el derecho conculcado a mi poderdante, que en este caso se concreta en el justo menoscabo de su patrimonio moral por habérsele desconocido el cabal cumplimiento de sus deberes profesionales, éticos y legales en el desempeño de su cargo de revisor fiscal de la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A., restablecimiento que se hará efectivo por la misma declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados.

El acto acusado:

Mediante la Resolución número SV-GR-05110 de 18 de junio de 1983, dispuso el Superintendente de Sociedades: "*artículo único. Suspender* del cargo de revisor fiscal por el término de un año a partir de la ejecutoria de la presente providencia al señor Horacio Ayala Vela identificado con la cédula de ciudadanía número 93477 de Bogotá, revisor fiscal de la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A., con domicilio en Bogotá, por cuanto estando a su cargo el

control fiscal de la citada compañía, permitió sin salvedad alguna: a) Que se otorgaran préstamos a la sociedad Roca e Hijos Ltda., por la suma de $ 217.430.00, excediendo los límites fijados en el objeto social de la compañía visitada, pues tales actos no están contemplados en la carta colectiva; b) Que se avalaron pagarés a cargo de Roca e Hijos Ltda. ($ 746.125.000.00), de Juan de Jesús Roca ($ 45.000.000.00) y de IASA (Inversiones Andina S. A.) por $ 474.500.000.00, comprometiendo de este modo el patrimonio social; c) Que la compañía visitada tuviera una cartera morosa por $ 2.400.000.00 a cargo de los señores Guillermo Khon Olaya Riebler, Gustavo Sánchez Hernández y Ricardo Díaz Rodríguez desde 1981, sin haber dado las instrucciones u órdenes pertinentes, a fin de recuperar dicho capital (art. 207, ordinales 5º y 6º del Código Mercantil); d) Que se cometieron en el seno de la compañía irregularidades graves como las descritas en los literales anteriores sin haber dado oportuna cuenta por escrito a los cuerpos colegiados competentes de la compañía ni a este organismo de vigilancia".

Recurrida la anterior providencia, fue confirmada por la Superintendencia de Sociedades mediante su Resolución número SV-GR-07198 de 5 de octubre del mismo año, agotándose así la vía gubernativa.

Durante los días 14 de enero al 3 de febrero de 1983, la Superintendencia de Sociedades practicó una visita a la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A. (antes Sears Roebuck de Colombia S. A.), el resultado de la cual se plasmó en el Acta de Visita SV-0037 de 18 de abril de 1983. En dicha visita se constataron los hechos de que da cuenta la Resolución número SV-GR-05110 de 1983 y con fundamento en los cuales se aplicó la sanción de suspensión demandada. En la misma acta, según consta a folio 249, se corrió traslado a los inculpados de los cargos anotados.

La demanda:

Se refiere el actor a las conclusiones de la visita practicada por la Superintendencia a la sociedad referida, a los descargos presentados, a la decisión sancionatoria y sus fundamentos.

En cuanto a las normas violadas y el concepto de la violación, dice en uno de los apartes del libelo que se violó el "artículo 99 del Código de Comercio, en cuanto expresamente dispone que 'la capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto...', lo cual quiere decir que si bien no puede hacerse más de lo previsto en el objeto social, tampoco puede limitarse lo en él autorizado. Igualmente y como consecuencia, se violó el ordinal 4, del artículo 110 *ibídem*, por cuanto el objeto social sí aparece determinado en la escritura social en forma clara y completa". Añade más adelante que el artículo 207 del Código de Comercio, ordinales 1º y 2º, citados por la Superintendencia, fueron en realidad violados por ésta, por cuanto no existe "obligación de que el revisor fiscal presente informes escritos especiales distintos de los que la misma entidad le solicite". Dice por último que "la sanción impuesta al señor Horacio Ayala Vela, sólo se apoyó en una apreciación puramente subjetiva y apartada de la realidad objetiva, contrariando el principio universal en materia de aplicación de penas y sanciones, que

enseña que estas no pueden imponerse mientras no se comprueben plenamente los hechos que a ellas puedan dar lugar".

Impugnación de la demanda:

Se constituyó en parte impugnadora la Superintendencia de Sociedades, consignando su oposición en escrito presentado el día 1º de noviembre de 1984, cuyos apartes pertinentes rezan:

"*Primer hecho.* El revisor fiscal de la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A., permitió sin salvedad alguna, que la compañía excediera los límites de su capacidad determinada por las actividades principales previstas en el objeto social (art. 99 del C. de Co.), al conceder préstamos y avalar obligaciones de sus asociados que son operaciones totalmente ajenas a los fines que persigue la sociedad.

"La promoción de sociedades previstas en el objeto social debe ser desarrollada directamente por la misma sociedad y no a través de terceros, pues no hay que olvidar que la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

"Si los socios utilizaron préstamos para promover sociedades, eran ellos los que estaban promoviendo la creación de nuevas personas jurídicas, y no la compañía Sociedad Andina de los Grandes Almacenes, por cuanto ésta no puede desarrollar sus actividades a través de sus socios que son personas totalmente independientes de la sociedad.

"Como una de las funciones del revisor fiscal es constatar si los actos de los administradores se ajustan a los estatutos sociales e informar, cuando ello no es así, a la Asamblea General de Accionistas (art. 209 del C. de Co.) y tales omisiones no aparecen desvirtuadas, debe tenerse por cierto el primer hecho.

"*Segundo hecho.* El revisor fiscal no advirtió a los administradores que existía una cartera morosa con el fin de que tomaran las medidas conducentes a su recuperación, a pesar de que tal función le corresponde ejercerla de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 5º y 6º del artículo 209 del Código de Comercio.

"Este hecho tampoco aparece desvirtuado en la demanda, de consiguiente debe considerarse como cierto.

"*Tercer hecho.* La violación de las normas legales a que se ha hecho mención, por omisión del revisor fiscal en el cumplimiento de sus obligaciones, no es una apreciación subjetiva de los funcionarios de la Superintendencia, sino por el contrario una apreciación de la realidad de los hechos ocurridos, que son violatorios de la ley.

"La violación de la ley es de por sí, una irregularidad grave en el funcionamiento de la sociedad.

"Además, el fundamento legal de la sanción no se basa en que sea o no una irregularidad grave, sino en la violación de las normas legales que se citan en las providencias demandadas".

Alegatos de las partes:

Presentaron tanto el actor como el impugnador sendos alegatos de conclusión, en pro de los puntos de vista ya plasmados en la demanda y su contestación.

Concepto fiscal:

Hace el señor Fiscal 1º de la Corporación un completo análisis de los planteamientos de la parte demandante y de los fundamentos jurídicos del acto acusado, concluyendo así, respecto del primer aspecto de que trata la resolución por la cual se aplicó al señor Horacio Ayala la sanción de suspensión:

"Con relación al primer punto, de la simple lectura del objeto social se puede sacar en claro que el mismo comprende la posibilidad de adelantar unas actividades que podemos denominar principales y otras que son conexas o accesorias a las mismas; esas actividades a que nos estamos refiriendo básicamente se refieren a la fabricación y comercialización de toda clase de artículos y mercancías, el establecimiento y dirección y manejo de almacenes de departamento en el país y el exterior, la promoción de sociedades que tengan como actividad principal la exportación, promoción y realización de ventas en el exterior y la promoción de sociedades que se dediquen a todo lo relacionado con el negocio del turismo. Estas constituyen básicamente las actividades a las cuales se encuentra circunscrito el ámbito de acción de la sociedad.

"Las actividades que hemos dado en denominar conexas o accesorias al objeto social propiamente dicho son todas aquellas encaminadas a desarrollar el mismo, es decir, todo tipo de actos y conductas que están destinados o sirvan de herramienta para que la sociedad adelante y cumpla fielmente con el objeto que en su oportunidad le fue asignado.

"Desde esta perspectiva, tenemos que una operación como la que es objeto de análisis no se encuentra prevista como una de aquellas que constituyen el objeto social propiamente tal de la sociedad; en efecto, haciendo un análisis simplemente comparativo, un contrato de mutuo como el que se celebró entre la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A. y la Sociedad Roca e Hijos Limitada, no es propiamente una de las actividades a las cuales está circunscrito el objeto social principal referido.

"Ahora bien, respecto de la legalidad de la operación, es cierto que dentro de las actividades conexas o accesorias está la posibilidad de celebrar contratos de mutuo pero estos pueden legalmente celebrarse sólo en la medida en que sirvan directamente para el desarrollo del objeto social propiamente dicho, lo cual no ocurrió, por cuanto los recursos que se transpasaron en virtud de la citada operación fueron destinados finalmente a actividades que, a pesar de lo que sostiene el actor, indudablemente no eran desarrollo del objeto social tantas veces referido".

Respecto del segundo punto base de la acción, concluye la vista fiscal:

"En relación con este cargo y analizando las piezas procesales este Despacho encuentra que si bien la Superintendencia se enteró, mediante la visita que culminó con el auto OR-025 de 29 de enero de 1981, que la Sociedad Sears Roebuck de Colombia S. A. tenía interés por obtener beneficios reales por constituirse en garante de las obligaciones derivadas de la negociación de acciones entre Sears Roebuck and Co. e Inversiones Andina S. A. IASA y que luego de explicados los beneficios potenciales dicha Superintendencia hubiera resuelto archivar la actuación administrativa, ello no significa, como lo aduce el actor, que la Superintendencia estuviera 'ampliamente informada de los avales otorgados... y que los aprobó por encontrarlos satisfactorios...' (fl. 021); en efecto una fue la visita que dio origen a las explicaciones que culminaron con la providencia de archívese (visita efectuada el 20 de junio de 1980) y otra, muy distinta, la que originó los actos demandados en este proceso (llevada a cabo entre el 14 de enero y el 3 de febrero de 1983, considerando primero de la Resolución SV-GR-05110 de 16 de junio de 1983) en la cual se encontraron ya efectuadas las operaciones de garantía que originaron la sanción para el actor. En otras palabras, cuando se hizo la visita en el año de 1980 hasta ahora se proyectaba la negociación a que ya se hizo referencia que por ser una simple expectativa no cuantificada ni aún cuantificable y por cuanto la Superintendencia no tenía posibilidad ni obligación alguna de pronunciarse sobre la misma, la gestión administrativa de dicho organismo culminó acertadamente con una orden de archivo del expediente; pero cuando se constató, mediante la visita del año de 1983 que se habían efectuado distintas operaciones en las que la sociedad era avalista y codeudora de obligaciones de tres de sus accionistas, comprometiendo por ende el patrimonio social, la Superintendencia resolvió sancionar al actor por no haber dado cuenta de los mismos en forma oportuna y por escrito a los cuerpos directivos de la empresa ni a la misma Superintendencia, como es su obligación de acuerdo.

"Dejada en claro esta situación se desvirtúa la aseveración de que la Superintendencia conocía y había autorizado la operación de los avales y más bien se deja en claro que, como lo dice el demandado 'se trató de hechos diferentes'; por lo expuesto, tampoco deberá prosperar el presente cargo".

En relación con el punto tercero, dice el colaborador fiscal:

"En el rubro 'cuentas por cobrar' de la sociedad existen saldos invariables desde 1981 por $ 2.400.000.00 por préstamos concedidos a 3 socios de la misma".

"Este Despacho considera que en relación con estos cargos nuevamente le asiste la razón a la Superintendencia por cuanto es fácil comprobar que los abonos a las obligaciones contraídas por los socios se empezaron a hacer en el año de 1983, es decir después de la visita que hiciera la Superintendencia y en desarrollo de la cual se detectó también esta anomalía que originó la sanción al actor.

"Es cierto que los préstamos se pueden otorgar fundamentados en un acontecimiento futuro pero dicho acontecimiento debe ser limitado en el tiempo por las partes o, en su lugar y para los eventos de

las sociedaes por la ley que dispone que la utilidades deben repartirse al final de cada ejercicio, luego debieron hacerse abonos a 31 de diciembre de 1981 y de 1982, teniendo en cuenta que los deudores son socios, lo que no se hizo.

"A lo anterior se añade que entre el objeto social de la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A., no se encuentra la de efectuar préstamos.

"Las citadas anomalías igualmente debieron ser puestas en conocimiento de las Directivas de las empresas, y de la Superintendencia o por lo menos haberse adoptado medidas tendientes a la recuperación de los dineros, gestiones a las que está obligado el revisor Fiscal de la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 del estatuto mercantil.

"Tampoco debe prosperar este cargo".

Dice finalmente el colaborador fiscal que las "irregularidades graves" de que habla la Resolución acusada, se configuraron inequívocamente "con las operaciones descritas en extenso" y de las cuales "el Revisor Fiscal no dio oportuna cuenta... por escrito, como es su deber", al tenor del artículo 207 del Código de Comercio, por lo cual se hizo acreedor a una de las sanciones previstas en el artículo 216 *ibídem*, y que ese Despacho "considera proporcional a las faltas cometidas". Por todo lo anterior, concluye el señor Fiscal, "deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

Poco o nada es lo que hay que agregar a lo analizado por el señor Fiscal en el concepto que en los apartes esenciales se ha transcrito, concepto que desde luego la Sala comparte y prohíja.

En efecto, las irregularidades que motivaron la sanción impuesta al señor Horacio Ayala fueron plenamente establecidas por la Superintendencia de Sociedades en la visita que consta en el Acta SV-00037 de 18 de abril de 1983. Y el actor, lejos de presentar prueba en contrario sobre los hechos verificados, basó su defensa en la justificación de la conducta asumida por la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A. y por ende la suya propia al abstenerse de asumir alguna actitud frente a tal conducta.

Haciendo pues una síntesis, para más abundar en razones, de las irregularidades constatadas, se tiene que en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, cuya copia obra a folios 57 y siguientes, se relacionan las distintas actividades que la Compañía de que se trata puede ejecutar, en desarrollo de su objeto social. A lo allí plasmado y a la transcripción que hace el señor Fiscal a folio 339 se remite la Sala. Baste añadir que, como bien lo analiza el señor Fiscal, los préstamos efectuados a la sociedad Roca e Hijos Limitada, en cuantía de $ 27.430.00, no encajan dentro de ninguna de las finalidades taxativamente relacionadas. Los contratos de mutuo que se celebren lo dice perentoriamente el certificado de la Cámara de Comercio, deben dirigirse a los "fines u objetos similares o complementarios" propios de la sociedad, finalidad que en forma directa no se cumplió en lo que

respecta a "Roca e Hijos Limitada". Si los dineros producto de la operación fueron destinados para tales menesteres por socios de la Compañía Andina de los Grandes Almacenes S. A., como lo sostiene el actor, ello no constituye argumento explicativo, toda vez que, como bien lo anota el colaborador fiscal, citando el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio, "la sociedad, una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". Por lo tanto, en lugar de vulnerarse con el acto acusado el artículo 99 de la obra en estudio, se prescribe que "la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto", lo que hizo tal acto fue precisamente adecuarse a la norma.

De los avales a pagarse a cargo de tres accionistas de la compañía en las cantidades antes indicadas, ha de decirse lo mismo que se anotó en el punto anterior, toda vez que se está también en presencia de actos que exceden el objeto social, como ha quedado debidamente puntualizado en los apartes antes transcritos.

Lo anómalo de la cartera morosa en cuantía de $ 2.400.000.00 aparece diáfanamente explicado en el siguiente aparte de las observaciones hechas por la Superintendencia, transcrito por el colaborador fiscal a folios 346 y 347: "La cartera por $ 2.400.000.00 correspondiente a las deudas de los señores Guillermo Khon Olaya R., Gustavo Sánchez Hernández y Ricardo Díaz R. por $ 800.000.00 cada uno, para constituir la Agencia de Viaje A.Z. Ltda., si puede considerarse morosa porque la sociedad se encontraba vigente desde el año de 1981 y dentro de los mecanismos previstos en la ley, las utilidades deben repartirse al final de cada ejercicio y por lo menos en el cortado a 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, transcurrió el ejercicio de 1981 y el de 1982 y no se hizo ningún abono a las deudas y no aparece demostrado que en dicho ejercicio no hubiera utilidades, luego la obligación del Revisor Fiscal era haber dado instrucciones a los administradores para que averiguaran cuál era la situación económica de la compañía, si tenían posibilidades de recuperar esa cartera, si se habían obtenido utilidades o qué medidas debían tomarse para tratar de recuperar el capital, pues es su obligación procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los bienes sociales, de acuerdo con los numerales 5º y 6º del artículo 208 del Código de Comercio.

Fue por consiguiente evidente la transgresión, por parte del señor Horacio Ayala del ordinal 2º del artículo 207 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual es deber del revisor fiscal: "Dar oportuna cuenta por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios". Al no haber dado el revisor fiscal cumplimiento a esta función y aplicarse por la Superintendencia de Sociedades la correspondiente sanción, dicha dependencia oficial no hizo otra cosa que ceñirse estrictamente a las previsiones de los artículos 216 y 217 del Código de Comercio.

Corolario obligado de todo lo anterior es el de que no ha de prosperar ninguno de los cargos aducidos en contra del acto acusado.

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 de su colaborador fiscal y de acuerdo con él,

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada por la Sección Primera el día 14 de agosto de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente con excusa.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INCUMPLIMIENTO. SANCIONES.

1. Diferencia con la declaratoria de CADUCIDAD.

2. Sanciones: Imposición. MULTAS. ¿Cuándo pueden imponerse?

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., trece de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Proyectó: Magistrado auxiliar doctor Ramiro Borja Avila.

Referencia: Expediente número 4145 (33). Actor: Monsalve Vélez Ltda.

Demandado: Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

La sociedad Monsalve Vélez Ltda., por conducto de apoderado judicial durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 demandó por los trámites de un proceso ordinario al establecimiento público denominado Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, para que, previa anulación del contenido decisorio de las Resoluciones números 312 y 759 del 7 de febrero y 17 de marzo de 1983, respectivamente, emanadas del ente demandado, se condenara a este organismo a pagar a favor de la sociedad actora los daños y perjuicios que se le causaron, debidamente actualizados en su valor. Oficiosamente se hizo comparecer al proceso a Seguros del Estado S. A. El proceso se ha tramitado hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, a lo cual se procede, porque no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

I. De la causa petendi:

La sociedad demandante afirmó que ella celebró con el establecimiento público demandado, el contrato número 16 del 21 de junio de 1982, previa licitación pública para el efecto, mediante el cual ella se obligó a venderle a este 1.350 máquinas de escribir manuales, marca ADDO, modelo 731-3511, a razón de $ 36.000.00 cada una, para un total de $ 48.600.000.00; que se obligó a entregarlas dentro de los 180 días siguientes a la suscripción del contrato, conviniéndose entregas parciales a partir de los primeros 60 días. Se convino que el pago sería así: La mitad en forma anticipada, que el Fondo canceló en su oportunidad o sea que entregó $ 24.300.000.00; y el resto a la entrega de la mercancía a entera satisfacción, "pasando cuentas parciales por las

entregas completas efectuadas por cada Departamento, Intendencia y Comisaría" (fls. 25 y 26, cuaderno 1). Agregó la sociedad actora que ella le entregó al FONDO, entre el 26 de julio y el 21 de septiembre de 1982 la cantidad de 90 máquinas, cuya cuenta formuló en esta última fecha (deduciendo el 50% de su valor), por la suma neta de $ 1.620.000.00 la que no pagó el FONDO, a pesar del requerimiento que le hizo la vendedora el 8 de noviembre de 1982. Por esta circunstancia, la sociedad demandante no siguió cumpliendo el contrato de compraventa. *El 21 de diciembre de 1982 venció el plazo para el resto de las entregas* en esas condiciones. El 18 de enero de 1983, la vendedora hizo un nuevo requerimiento de pago al FONDO y le comunicó que "no le es posible a la sociedad seguir efectuando las entregas" (fl. 26, cuaderno 1). El 7 de febrero de 1983 el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia profirió la Resolución número 312 mediante la cual declaró la caducidad administrativa del contrato de compraventa mencionado, por incumplimiento de la sociedad vendedora, ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato y de manejo del anticipo, en cuantía de $ 31.590.000.00, según la póliza expedida por Seguros del Estado; impuso a la sociedad vendedora la obligación de pagar $ 7.290.000.000 equivalente al 15% de la totalidad del contrato incumplido, y el valor pactado como cláusula penal pecuniaria; impuso también una multa de $ 1.000.00 "por cada día calendario de mora en el incumplimiento del contrato" y requirió a la sociedad vendedora y a la Compañía de Seguros del Estado para que efectúen el pago de las anteriores cantidades dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esa providencia. Además, ordenó notificarla a los interesados e hizo las advertencias de ley sobre los recursos procedentes contra ella.

Finalmente dijo la parte actora que impugnó la Resolución 326 y el Fondo la confirmó íntegramente mediante la Resolución número 759 del 17 de marzo siguiente. Esta última decisión se notificó el 29 de marzo de 1983 (fl. 9 vto., cuaderno 1).

II. Fundamentos de derecho:

El libelo inicial invocó como soporte jurídico de sus peticiones lo preceptuado en los artículos 2º, 10, 16, 20, 26, 30, 55, 57, 163 y concordantes de la Constitución Nacional, los artículos 49, 50, 51, 55 y concordantes del Decreto-ley 150 de 1976, los artículos 10 y siguientes del Decreto 2733 de 1959, los artículos 62, 66, 74 a 81, 254, 255, 256 y concordantes de la Ley 167 de 1941, los artículos 1592, 1594, 1595, 1596, 1603, 1609 y concordantes del Código Civil, los artículos 303 y concordantes del Código de Procedimiento Civil, además del contrato celebrado con el FONDO.

III. La intervención de Seguros del Estado S. A.:

Esta Corporación ordenó, de oficio, la citación de Seguros del Estado S. A., porque en la Resolución 312 y su confirmatoria ordenó hacer efectivas las garantías otorgadas por esta Compañía en respaldo de la sociedad actora. La aseguradora compareció al proceso y coadyuvó la demanda. Alegó que la caducidad administrativa del contrato

no era procedente cuando se declaró, porque ya había terminado el contrato, por vencimiento del plazo pactado. Agregó que la causal invocada para declarar tal caducidad, la consagrada en el literal f) del artículo 62 del Decreto 222 de 1983, no se le puede aplicar al contrato número 016 de 1982, porque aquella disposición se dictó con posterioridad a la celebración de éste.

IV. La oposición:

El Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, se opuso a las pretensiones de la demanda porque consideró que la entidad oficial no incumplió el contrato y, por el contrario, ella sí lo respetó, al paso que la sociedad vendedora lo incumplió; y que la parte perjudicada es la compradora que pagó $ 24.300.000.00 como anticipo para la adquisición de 1.350 máquinas de escribir, de las cuales sólo ha recibido 90. Propuso la excepción de prescripción fundada en el hecho de que la acción ejercitada prescribe en cuatro meses contados desde la notificación del acto impugnado que se interrumpen con la presentación de la demanda, cuando la parte actora satisface oportunamente otras cargas procesales señaladas por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por analogía, pero que como tales requisitos no los satisfizo en oportunidad la sociedad actora, la prescripción sólo se considera interrumpida con la notificación del auto admisorio de la demanda, que en el asunto *sub júdice* ocurrió mucho tiempo después de haber transcurrido los 4 meses, contados desde la notificación de la resolución que resolvió la impugnación propuesta por la sociedad vendedora. Agregó que la parte actora no puede alegar en favor de su incumplimiento el supuesto incumplimiento de la administración, porque tal figura de la *"exceptio non adimpleti contractus"* no es aplicable en contra de la administración.

V. El Ministerio Público:

La Fiscalía Segunda de esta Corporación conceptuó que se debe acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, anulando las decisiones relativas a la declaratoria de caducidad administrativa del contrato y a la imposición de la multa por mora en el cumplimiento del contrato; y se deben denegar las restantes.

La caducidad y la multa las consideró extemporáneas por haberse proferido las dos después de vencido el contrato. Estimó que se debe ordenar la liquidación del contrato.

VI. Consideraciones de la Sala:

A) La parte demandante es una sociedad de responsabilidad limitada, con capital social de $ 200.000.00, aportados el noventa por ciento (90%) por quien ejerce la representación de ella sin limitación ninguna y el diez por ciento (10%) por su suplente. El objeto social lo constituye todo tipo de inversiones en comercio, industria, agricultura y ganadería, y la celebración del contrato de agencia comercial en todas sus formas (fls. 10 y 11, cuaderno 1). Es decir, la descripción de su

objeto peca contra la prohibición legal de que éste se extienda a actividades que se enuncien en forma indeterminada (art. 110, ordinal 4º, Código de Comercio). A pesar de estas circunstancias y de su precario patrimonio, el Estado colombiano, a través del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, celebró con esta sociedad un contrato de compraventa de 1.350 máquinas de escribir (fls. 12 y 13, cuaderno 1), que la tal sociedad no tenía, por un valor de $ 48.600.000.00 (243 veces más que su capital) y le anticipó $ 24.300.000.00 para la ejecución del contrato que la vendedora resolvió invertir en otros fines haciendo caso omiso de uso obligaciones de correcto manejo del anticipo. Cuando el Estado procuró verificar en qué invirtió la sociedad la totalidad del anticipo, su representante legal afirmó que ella perdió *todos* los libros y comprobantes de contabilidad, nueve (9) meses antes y no los ha reconstruido (fls. 65 y 66, cuaderno 1), lo que hizo imposible tal comprobación.

Se observa, además, que la sociedad demandante, Monsalve Vélez Limitada, formuló su propuesta para venderle al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia las 1.350 máquinas de escribir, invocando su calidad de "Distribuidores" (fl. 6, cuaderno 1) que realmente no tenía (fl. 2, cuaderno 1), y lo engañó haciéndole creer que tenía esa mercancía y sobre ella podía realizar una inspección ocular "dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de cierre de la Licitación" es decir, que podía inspeccionar las 1.350 máquinas, entre el 19 de mayo de 1982 y el 29 del mismo mes.

Lo anteriormente expresado es suficiente para afirmar que el contratista, desde un comienzo, obró deslealmente con el ente oficial, a pesar de que es un principio universal, acogido positivamente en nuestro derecho (art. 1603, C. C.), de que los contratos deben ejecutarse de buena fe. Resulta inadmisible pretender que el FONDO incumplió el contrato de compraventa porque no canceló una cuenta de cobro de $ 1.620.000.00, cuando el contratista tenía en su poder, como anticipo $ 24.300.000.00;

B) No sobra señalar el hecho de que para que la cuenta de cobro se ajustara a lo pactado tenía que corresponder a "las entregas completas" por cada departamento, intendencia y comisaría y tal extremo de la *litis* no quedó debidamente acreditado, circunstancia que impide afirmar que en efecto el FONDO debía satisfacer el pago del $ 1.620.000.00 como lo reclamó el vendedor;

C) Probado está, con la confesión de la parte actora aportada al proceso (fls. 19 a 63, cuaderno 1) que la sociedad Monsalve Vélez Limitada no entregó la totalidad de las 1.350 máquinas de escribir dentro de los 180 días siguientes a la suscripción del contrato, conforme se convino en su cláusula tercera (fl. 12, cuaderno 1), incumplimiento que no tiene causa justificada. Luego, procedió bien el FONDO, como era su deber legal, cuando con base en tal hecho el del incumplimiento, impuso las sanciones pecuniarias respectivas a que hacen referencia los artículos segundo y tercero de la Resolución número 312 del 7 de febrero de 1983. Tales penas patrimoniales era imposible aplicarlas antes del vencimiento del plazo pactado para la entrega de las 1.350 máquinas, luego no se puede predicar extemporaneidad por el hecho de que la administración haya esperado hasta

el vencimiento de los 180 días para verificar el incumplimiento y para proceder a hacer efectivas las sanciones respectivas;

D) El hecho que la administración ha de esperar a que se cumpla el plazo de entrega de los bienes que adquiere, no se le puede exigir que tramite los procesos correspondientes anticipadamente a tal acaecimiento, lo cual significa que la imposición de las sanciones por el incumplimiento no tiene que ser simultánea o unida a la declaratoria de caducidad o resolución del contrato, porque este fenómeno consiste en la terminación anticipada del contrato y el incumplimiento, en general, —que puede ser de cualquiera de las partes— justamente cuando vence el plazo de ejecución de la prestación. Por esto se concluye que si ya no era viable caducar la relación administrativa, las sanciones por el incumplimiento sí eran oportunas;

E) Teniendo en cuenta que la multa es una cláusula de apremio para que el contratista cumpla a tiempo con la obligación respectiva, el artículo impugnado de la Resolución 312 de 1982, cuando, por el mismo hecho, la prevé como incompatible con la de haber convenido en la obligación de pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria;

F) Se invalidarán, entonces, la declaración de caducidad y la multa a que hacen referencia los artículos primero y cuarto de la Resolución 312 de 1982 y los artículos primero y segundo de la Resolución número 750 de 1982 en cuanto dan cumplimiento a dichas decisiones que se anulan, pero serán válidos aquellos artículos que mantienen su validez en cuanto confirman el resto del contenido de la Resolución 312 citada;

G) Como quiera que quedó demostrado que la sociedad actora incumplió el contrato, la anulación de la declaratoria de caducidad administrativa y la de la multa impuesta, de cuyo juego no existe prueba alguna, no implica condena para el Fondo al pago de perjuicios que, por otra parte, no aparecen demostrados. En cuanto al "retardo" del ente oficial en pagar la cuenta de $ 1.020.600,00 no se puede colegir reconocimiento alguno ni por el principal, ni por los intereses, ni por corrección monetaria porque —se repite— no quedó establecido que ello corresponda a las "entregas parciales" por departamento, intendencia o comisaría "hasta" las cuales el ente oficial debía acreditar y no lo hizo. Sólo entonces —con el cumplimiento, esto es, cuando se sepa quién debe a quién y cuánto, será posible la definición de tales extremos;

H) La parte demandada propone la excepción de *caducidad de la acción*, la cual llamó "perentoria", porque en el hecho de que la parte actora, a juicio de la demandada, no formuló su demanda, no satisfizo las exigencias que consagra el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil para la interrupción". La Sala no acoge tal medio exceptivo porque la caducidad (que no admite interrupción, ni suspensión) se configura, o no, por el solo hecho de instaurar la demanda con los requisitos legales. Luego no es aplicable, por analogía, el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil porque entre estos fenómenos hay diferencias de contenido que impiden asimilar un fenómeno al otro;

I) En la liquidación del contrato que deberá hacerse de conformidad con lo previsto por el artículo 287 del Decreto-ley 222 de 1983 se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes rubros:

a) Las noventa (90) máquinas de escribir recibidas por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y su precio ($ 1.620.000.00);

b) El valor del anticipo recibido por la sociedad demandante ($ 24.300.000.00);

J) Se condenará al pago del ochenta por ciento (80%) de las costas a la sociedad demandante y a la coadyuvante, por haber salido parcialmente vencidas en el litigio;

K) Cree la Sala conveniente ordenar el envío de copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación para que, si lo considera del caso, se abra investigación respecto de los posibles delitos en que se haya podido incurrir con motivo de la celebración y ejecución del contrato número 16 del 21 de junio de 1982 entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y la firma "Monsalve Vélez Ltda.".

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

Falla:

Primero: Anúlase el contenido de los artículos primero y cuarto de la Resolución número 312 de 1983; y primero y segundo de la Resolución número 759 de 1983, en cuanto estos implican confirmación de aquellas decisiones emanadas del Director del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. No los anula en lo demás.

Segundo: Deniéganse las restantes súplicas de la demanda.

Tercero: Declárase no probada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada.

Cuarto: Condénase en costas a las sociedades Monsalve Vélez Limitada y Seguros del Estado S. A. en el ochenta por ciento (80%) de las causadas.

Quinto: Por la Secretaría envíese a la Procuraduría General de la Nación copia del presente fallo, una vez quede en firme, para que si lo estima conveniente abra investigación respecto de los posibles delitos en que se haya podido incurrir, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y 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.

DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA. FUNCIONES DE "PODER DE POLICIA" (Decreto-ley 2349 de 1971) Y FUNCIONES JUDICIALES.

Son funciones de policía las señaladas en la Ley (Decreto 2349 de 1971). Las demás investigaciones y decisiones por ella realizadas y diferentes a las establecidas por la norma en cita son cuestiones estrictamente judiciales. Tal es el caso de la condena a indemnizar perjuicios y de la correspondiente liquidación (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia). SENTENCIAS JUDICIALES. MOTIVACION. Su ausencia implica inexistencia de dicho acto. VIA DE HECHO POR LIQUIDAR UNA CONDENA EN ABSTRACTO QUE NO EXISTE CONTENIDA EN UNA SENTENCIA QUE TAMPOCO EXISTE. Declárase la nulidad de lo actuado en las providencias de 8 de octubre de 1982 de la Capitanía de Puerto de Buenaventura que condenó a la Flota Mercante al pago de perjuicios morales y materiales por el naufragio de la motonave TANIA y de 3 de febrero de 1983 de la Dirección General Marítima y Portuaria que declaró ejecutoriada la anterior y, además la nulidad de toda la actuación a partir del acto de 15 de junio de 1981 de dicha Capitanía por la cual se admitió la solicitud de liquidación de perjuicios presentada por los señores Forero y García.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diez de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 3939. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S. A.

La sociedad comercial denominada Flota Mercante Grancolombiana S. A., mediante apoderado judicial, demandó a la Nación, Ministerio de Defensa, para que previos los trámites de un juicio ordinario de restablecimiento del derecho se declare:

"Que son nulas las siguientes providencias: La de 8 de octubre de 1982 del Capitán del Puerto de Buenaventura en cuanto condenó a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., al pago de perjuicio materiales y morales por el hundimiento de la motonave Tania, en cuantía de $ 30.092.234.11 y de agencias en derecho por $ 2.000.000.00, a favor de José Vicente Forero Correa y Gustavo García Caicedo; la de 3 de febrero de 1983 de la Dirección General Marítima y Portuaria, que

declaró ejecutoriada la providencia anterior, y las demás providencias que dieron lugar a las anteriores, a saber: La del 15 de junio de 1981 de la Capitanía del Puerto de Buenaventura que admitió la liquidación de perjuicios presentada por los señores Forero Correa y García Caicedo; la de 17 de julio de 1981, de la misma Capitanía, y de 26 de febrero de 1982 de la Dirección General dicha, por las que decidieron desfavorablemente los recursos de reposición y apelación de la providencia anterior; la de 30 de marzo de 1982; las de 30 de abril de 1982 de la Capitanía citada y de 18 de agosto de 1982 de la Dirección General mencionada, que negaron la suspensión del trámite de la liquidación de perjuicios o su nulidad, con base en la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 29 de marzo de 1982, que acompaño, en la cual fijó claramente la competencia de la Dirección General Marítima y Portuaria".

"La sola declaración de nulidad de los actos antedichos restablece el derecho violado de mi poderdante" (fls. 9 y 10, cuaderno 1).

Como hechos fundamentales expone el libelo los siguientes:

"*Primero.* La Capitanía del Puerto de Buenaventura investigó, por protesta de Eduardo Paredes, patrono del buque pesquero llamado 'Tania', su hundimiento, atribuido a la ola que levantó el barco 'Ciudad de Bucaramanga', cuyo armador es la Flota Mercante Grancolombiana S. A., y en providencia del 31 de octubre de 1980 declaró 'culpable del naufragio de la motonave de pesca Tania, de bandera colombiana, al señor Stanley Orjuela Lorza, Capitán de la motonave «Ciudad de Bucaramanga»...' Esta providencia fue confirmada por la Dirección Marítima y Portuaria".

"Estos actos, aun cuando afectados de graves irregularidades, no son objeto de esta demanda, pues se hallan dentro de la competencia de Policía Administrativa de que están investidos los Capitanes de Puerto y la Dirección General Marítima y Portuaria, conforme al Decreto 2349 de 1971".

"*Segundo.* Pero el 15 de abril de 1981, los señores José Vicente Forero Correa y Gustavo E. García Caicedo, en memorial dirigido a la Capitanía del Puerto de Buenaventura, solicitaron 'la liquidación de la condena en abstracto' (sic) de la providencia declarativa anterior y presentaron discriminadamente el monto de los perjuicios que dijeron habían sufrido con el naufragio del 'Tania' ".

"*Tercero.* El mismo día, la Capitanía del Puerto de Buenaventura resolvió 'admitir la liquidación de la condena en abstracto (sic) de la sentencia del día 31 de octubre de 1980' y ordenó correr traslado de ella por cinco días a la Flota Mercante Grancolombiana S. A.".

"*Cuarto.* Esta, interpuso los recursos de reposición y apelación consiguientes, mostrando que no había sentencia de condena; que ella no había sido vinculada a las diligencias averiguatorias del hundimiento del Tania, y, fundamentalmente, que *ni la Capitanía del Puerto de Buenaventura, ni la Dirección General Marítima y Portuaria tenía competencia para condenar al pago de perjuicios*, lo que incumbía a

la justicia ordinaria. Ambos recursos fueron despachados desfavorablemente en providencias de 17 de julio de 1981 y de 26 de febrero de 1982, respectivamente".

"*Quinto*. El 29 de marzo de 1982 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, declaró exequibles las normas del Decreto 2349 de 1971, orgánicas de la Dirección General Marítima y Portuaria; pero 'así vistas las normas acusadas y declaradas ellas constitucionales en la órbita que la ley les señala, que es un período preliminar de la investigación de los accidentes con fines de cualificar en sus hechos, en vista de sus circunstancias y sus causas...' (págs. 132 y 133 de la sentencia) (He subrayado)".

"Y para que no quedara duda al respecto agrega: '...El asunto deja de ser materia de la jurisdicción de Policía (que es la de la Dirección General Marítima y Portuaria, página 135 *ibídem*) para convertirse *en materia del conocimiento judicial* cuando haya lugar a otras investigaciones o decisiones por hechos diferentes de los señalados en la ley como objeto de investigación por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria. TAL ES EL CASO DE LA CONDENA A INDEMNIZAR PERJUICIOS Y DE LA CORRESPONDIENTE LIQUIDACION' (Subrayas y mayúsculas del suscrito) (pág. 131 *ibídem*)".

"*Sexto*. Con base en la anterior sentencia (acompañada a los memoriales respectivos) mi mandante solicitó la suspensión de nulidad de las diligencias correspondientes a la Capitanía del Puerto de Buenaventura, primero, y luego, en apelación, a la Dirección General Marítima y Portuaria. Ambas entidades negaron la solicitud en providencias de 30 de abril y 18 de agosto de 1982, respectivamente".

"*Séptimo*. El 2 de octubre de 1982 culmina el abuso de poder, con la providencia de 2 de octubre de 1982, por la cual el Capitán del Puerto de Buenaventura 'liquida la condena *in génere*' (sic) e impone a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., el pago en favor de los señores José Vicente Forero Correa y Gustavo Garcín Cuicedo de la suma de $ 30.092.824.11 por perjuicios materiales y morales y fija en $ 2.000.000 00 las agencias en derecho".

"*Octavo*. Apelada por mi mandante la providencia anterior, se admite el recurso por la Dirección General Marítima y Portuaria y luego se revoca esa admisión en providencia de 3 de febrero del año en curso, declara 'legalmente ejecutoriado' el auto condenatorio indicado en el numeral anterior".

"*Noveno*. Mi mandante me ha conferido poder para instaurar esta acción" (fls. 10 y 11, cuaderno 1).

En derecho citó el artículo 1º del Decreto-ley 41 de 1971 y los preceptos, 20, 55 y 59 de la Constitución Nacional, 1, 37, 49 y 55 del Decreto-ley 2349 de 1971.

Este proceso se incineró en el incendio del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y se declaró reconstruido por auto de septiembre 1º de 1986.

Se ha surtido el trámite previsto por la ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado y se encuentra en estado de recibir sentencia.

I. Alegato de la parte actora:

Dice así:

"*Primero.* Debo, ante todo, dilucidar el punto relativo a la competencia de esa Corporación para conocer de los actos acusados, que son, como lo manifesté en la demanda, *únicamente aquellos en que se excedieron de su competencia* el Capitán del Puerto de Buenaventura y la Dirección General Marítima y Portuaria. Es decir, en el juicio de policía averiguatorio del hundimiento de la motonave de pesca Tania, seguido por dichas autoridades administrativas, se dictaron las providencias correspondientes a dicho juicio dentro de la competencia señalada para ellas. Estos actos no están *sub júdice*, pues son ajenos a la jurisdicción contencioso administrativa, conforme a los artículos 73, numeral 2º, de la Ley 167 de 1941 y 82, *in fine*, del Decreto-ley 01 de 1984".

"Pero, so pretexto de continuar ese juicio civil de policía, profirieron los actos acusados invadiendo la órbita propia de los jueces civiles, al abrir incidente de liquidación de perjuicios y condenar a su pago. Obraron, por tanto en esto, fuera de su competencia".

"Situado así el debate, es obvio que los actos averiguatorios del hundimiento del pesquero 'Tania' y la declaración de culpabilidad del Capitán Stanley Orejuela Lorza (fl. 58, cuaderno número 1) escapan de la competencia del Consejo de Estado, en virtud de los artículos citados anteriormente, pues constituyen el objeto del juicio de policía en caso de siniestro marítimo, como lo demostraré adelante con sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Pero los que se dictaron después (trámite de liquidación de perjuicios de una supuesta condena *in género* y condenación *ultra petita* al pago de los mismos) son *ajenos al juicio de policía*, corresponden al ámbito de la justicia civil ordinaria, en virtud de lo cual *sí son anulables por ese Consejo*, por haber sido proferidos sin ser de la competencia de la autoridad policiva".

"Los preceptos a que aludo (arts. 73, 2 y 82, *in fine*, del antiguo y nuevo Código respectivamente) constituyen excepción a la regla general de que los actos y hechos de la administración son juzgables por la jurisdicción contencioso administrativa; las excepciones son de aplicación estricta, luego la regla exceptiva indicada, hay que referirla únicamente a las resoluciones o providencias que realmente corresponden a lo que es objeto del respectivo juicio de policía, y no a las que, excediéndose en ejercicio de sus funciones, la autoridad policiva dicta en materia distinta de la que le está atribuida".

"De otra manera, los particulares quedarían desprotegidos frente a las autoridades de policía, que, con ocasión de un juicio civil o penal de los que les compete, podrían, a su amaño, dictar providencias o resoluciones ilegales, saliéndose del recto uso de sus atribuciones pro-

pias, irrogando a aquellos, perjuicios inmensos, sin que ninguna autoridad jurisdiccional pudiese repararlos o impedirlos".

"*Segundo.* ¿Y por qué los actos acusados son ajenos al juicio de policía averiguatorio del hundimiento del pesquero 'Tania'?".

"Porque se trata de un punto definido con autoridad de cosa juzgada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de marzo de 1982, cuya copia auténtica acompañé a la demanda. En efecto.

"La mencionada sentencia declaró constitucionales las normas acusadas del Decreto-ley 2349 de 1971, orgánico de la Dirección General Marítima y Portuaria, *sobre esta premisa inequívoca:* 'Así vistas las normas acusadas, y *ubicadas sus disposiciones de la órbita que la ley les señala*, que es, se repite, *UNICAMENTE la investigación de los accidentes con fines de establecer sus circunstancias y sus causantes*, no se encuentra en ello violación del artículo 55 de la Carta, como tampoco del 58 de del 61, *ya que las actuaciones de la Dirección General Marítima y Portuaria no tienen carácter judicial*, aunque ofrezcan características jurisdiccionales, en cuanto gestoras de un proceso investigativo necesario para establecer si se cumplieron o no las normas de la Marina Mercante Colombiana sobre navegación *y las circunstancias materiales y humanas de los accidentes o siniestros que hayan ocurrido*' (Mayúsculas y subrayas del suscrito)".

"Obsérvese cómo esta consideración final de dicha sentencia tiene por constitucionales las disposiciones del Decreto 2349 de 1971 al ubicarlas 'en la órbita que la ley les señala, que es *UNICAMENTE* la investigación de los accidentes con fines de esclarecer sus hechos, en vista de sus circunstancias y sus causantes'. Luego, *a contrario sensu*, si esas normas se toman como atributivos de competencia para efectos distintos del ámbito señalado en dicha sentencia, como el de liquidar perjuicios y condenar a su pago, resultan inconstitucionales por contrariar los artículos 55, 58 y 61 de la Constitución Nacional".

"Y no es ésta una deducción mía, ilógica o arbitraria o acomodaticia del citado pasaje de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, ya que en ella misma se dice expresamente":

" 'El avalúo de los daños es necesaria consecuencia de la investigación, y la indemnización correspondiente se desprende directamente del concepto y valor de los perjuicios sufridos por la víctima del accidente investigado. *El asunto deja de ser matetria de la jurisdicción de policía para convertirse en cuestión estrictamente judicial*, cuando haya lugar a otras investigaciones y decisiones por hechos diferentes a los señalados por la ley como objeto de investigación por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria. *TAL ES EL CASO DE LA CONDENA A INDEMNIZAR PERJUICIOS Y DE LA CORRESPONDIENTE LIQUIDACION* (Subrayas y mayúsculas del suscrito)' ".

"Es difícil una más clara delimitación de competencias que la anterior: a) La Dirección General Marítima y Portuaria investiga los accidentes y siniestros marítimos y llega hasta el avalúo de los daños; b) La liquidación de perjuicios y la condenación a cubrirlos es cuestión estrictamente judicial".

"Y dicha sentencia (compartámosla o no) debe cumplirse al tenor del artículo 1º del Decreto-ley 41 de 1971, como lo solicité ahincadamente a la Dirección General Marítima y Portuaria, haciéndoles ver que la parte motiva y la resolutiva de fallo forman un todo congruente en que ésta es consecuencia de aquella. Y con mayor razón cuando la propia Corte explicó que la constitucionalidad de las normas orgánicas de dicha Dirección lo eran en el entendimiento de situarlas 'en la órbita que la ley les señala, que se repite, *únicamente* (subrayo), la investigación de los accidentes con fines a esclarecer sus hechos, en vista de sus circunstancias y sus causantes...' ".

"Sin embargo, la Capitanía del Puerto de Buenaventura y la Dirección General Marítima y Portuaria produjeron los actos acusados sobre liquidación de perjuicios y condenación a su pago, los que dejan de ser 'materia de la jurisdicción de policía para convertirse en cuestión estrictamente judicial', como lo enseña la sentencia de la Corte en el pasaje arriba copiado. Esta distinción que la propia Corte efectúa confirma la tesis, que he sostenido al principio, de que tales actos, por no corresponder a la jurisdicción de policía, son anulables por el Consejo de Estado, no obstante haber sido proferidos so capa de un juicio civil policivo, mediante una ostensible desviación de las atribuciones propias de aquellas".

"Tercero. Naturaleza de los actos acusados".

"Como pruebas de la parte que represento hice llegar a los autos fotocopias auténticas de todo el expediente sobre el hundimiento del buque de pesca 'Tania' y el cuaderno número 1 de las mismas corresponde a la investigación de ese accidente, que termina con la providencia de 31 de octubre de 1981 (fls. 58 y ss.), mediante la cual resuelve: '*Declarar,* como en efecto *declara,* culpable del hundimiento de la motonave de pesca Tania, de bandera colombiana, al señor Stanley Orjuela Lorza, Capitán de la motonave «Ciudad de Bucaramanga», por los motivos expuestos en los considerandos de este fallo', la que fue confirmada por la Dirección Marítima y Portuaria el 22 de enero de 1981 (fls. 87 y ss., cuaderno número 1)".

"Hasta aquí actuaron dichas autoridades de policía administrativa (como las denomina la sentencia de la Corte citada al comienzo) dentro de la órbita de su competencia, pues les corresponde (según la misma sentencia) 'únicamente la investigación de los accidentes con fines de esclarecer sus hechos en vista de sus circunstancias y sus causantes' ".

"De aquí en adelante (cuaderno número 2 de dichas fotocopias), usurparon jurisdicción, se salieron de esa órbita e invadieron la que les corresponde a los jueces civiles, definiendo una 'cuestión estrictamente judicial' cual es 'el caso de la condena a indemnizar estos actos, y no los primeros, de nulidad' ".

"Aquellos, fueron acompañados a la demanda ante esa Corporación y basta leerlos para encontrar a simple vista que abrieron un incidente de regulación de perjuicios (dizque de una sentencia de condena *in género,* que nunca existió) según acto de 15 de junio de 1981, y terminaron condenando a la Flota Mercante Grancolombiana (que jamás fue parte en las diligencias averiguatorias del hundimiento

del Tapia) a cubrir perjuicios materiales y morales en cuantía de $ 30.092.234.11 más $ 2.000.000.00 por agencias en derecho (providencia de 8 de octubre de 1982)".

"Pregunto: ¿Estos actos corresponden a la autoridad de policía administrativa? De ninguna manera. Así lo determinó expresamente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el pasaje que copié arriba. ¿Pueden tomarse como propios de un juicio civil de policía de los excluidos de la competencia del Consejo de Estado? Tampoco, porque la misma sentencia manifiesta que 'el asunto deja de ser materia de la jurisdicción de policía para convertirse *en cuestión estrictamente judicial*, cuando haya lugar a otras decisiones e investigaciones por hechos diferentes a los señalados por la ley como objeto de investigación por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria. *Tal es el caso de la condena a indemnizar perjuicios y su correspondiente liquidación*' ".

"Pero, no obstante estas perentorias declaraciones de la Corte Suprema, la Capitanía del Puerto de Buenaventura y la citada Dirección, produjeron los actos acusados de condena a pagar la no despreciable suma de más de treinta millones de pesos por perjuicios. Estos actos, por lo tanto, no propios, jurídicamente hablando, del juicio civil de policía, son ajenos a él y pueden ser anulables por el Consejo de Estado".

"Como lo he mostrado en lo anterior, existe una marcada separación lógica y jurídica entre los actos iniciales de investigación del accidente y de declaración de culpabilidad del Capitán del buque Ciudad de Bucaramanga (propios del juicio civil de policía) y los que siguieron a ellos de liquidación y pago de perjuicios ('cuestión estrictamente judicial' según fallo de la Corte). Luego a estos últimos, no cabe aplicarles la regla exceptiva de que el Consejo de Estado no conoce de resoluciones o providencias dictadas en juicios civiles o penales de policía".

"Tales actos han de mirarse *por su naturaleza* y no por el proceso o expediente en el que fueron proferidos. Si en uno de policía se dictaron providencias 'estrictamente judiciales', de competencia de la justicia ordinaria y fuera de la competencia policiva, esas providencias no pueden quedar impunes, amparadas por la regla exceptiva mencionada, cuyo fin no es el de cohonestar que un funcionario de policía invada el campo señalado a los jueces civiles o penales, sin que haya autoridad jurisdiccional que pueda declarar la invalidez de esos actos abusivos".

"Este es un punto que conviene meditar detenidamente. Si ante una manifiesta violación de la Constitución y la ley por haber usurpado competencia un funcionario de policía, el Consejo de Estado ha de declararse incompetente para conocer de esas violaciones en cuanto se cometieron con pretexto de un juicio civil de policía, ¿qué camino les queda a los particulares perjudicados? ¿Su derecho conculcado no puede ser restablecido por la única autoridad jurisdiccional competente para decidir sobre la validez de los actos administrativos? No

creo que sea esa la finalidad del artículo 82, último inciso, del Decreto-ley 01 de 1984, ni de la norma similar (art. 73, numeral 2) de la Ley 167 de 1941".

"Y que las providencias acusadas *corresponden a actos administrativos*, no obstante la forma de decisiones de carácter judicial que pretendieron imprimirles sus autores, surge de la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de marzo de 1982, multicitada en este alegato, cuando asiente: 'Ciertas funciones de policía relacionadas con los accidentes o siniestros marítimos... tienen carácter de policía administrativa, *por la función en sí misma y por la naturaleza del órgano al cual se le asignan*' (fls. 24 y 30 de la sentencia). 'Dicha ley autorizó al Presidente de la República para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional... Claro es que la dependencia reorganizada, a la cual se le asignaron las funciones que tenía la antigua Dirección de la Marina Mercante, *pertenece orgánicamente al Ministerio de Defensa Nacional*' (fl. 20 *id.*). 'Tal es el objeto de esas investigaciones, como deben serlo siempre este tipo de investigaciones de carácter policivo' (fl. 28 *id.*). '...Ya que las actuaciones de la Dirección General Marítima y Portuaria *no tienen carácter judicial*' (fl. 30 *id.*)".

"Cuarto. Nulidad de los actos acusados".

"Si la invocada sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, como lo hemos visto, delimitó exactamente la competencia de la Dirección General Marítima y Portuaria (y, por ende, la de los Capitanes de Puerto). '*Unicamente* (subrayo) a la investigación de los accidentes con fines a esclarecer sus hechos, en vista de sus circunstancias y sus causantes'; si por modo expreso asentó que 'el asunto deja de ser materia de la jurisdicción de policía para convertirse *en cuestión estrictamente judicial*, cuando haya lugar a otras investigaciones y decisiones... *Tal es el caso de la condena a indemnizar perjuicios y de la correspondiente liquidación*', y si ella misma manifiesta que las normas acusadas son exequibles *'ubicadas en la órbita que la ley les señala'* (que es la antedicha), es obvio que los actos de la Capitanía del Puerto de Buenaventura y de la Dirección General Marítima y Portuaria son nulos en cuanto decidieron 'una cuestión estrictamente judicial' al abrir el incidente de liquidación de perjuicios y al condenar a su pago. Esos actos provienen, puse, de funcionarios incompetentes para proferirlos".

"Con dichos actos se quebrantó el artículo 1º del Decreto-ley 41 de 1971, a cuyo tenor: 'La sentencia proferida en asuntos de constitucionalidad será publicada el día siguiente de su fecha. Cumplida esta formalidad, el fallo quedará ejecutoriado, *deberá cumplirse* (subrayo), y comunicarse al Gobierno por conducto del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente'. Copia auténtica de esta sentencia la acompañé a mi memorial ante la Dirección Marítima sobre nulidad de lo actuado por falta de competencia para liquidar perjuicios, como puede verse en las fotocopias del cuaderno número 2. Pero tal Dirección se abstuvo de cumplirla, haciendo caso omiso de ella".

"Igualmente fueron vulnerados los artículos 55 y 58 de la Carta Política, en cuanto establecen la separación de funciones entre los

diversos órganos del Estado y determinan los funcionarios que administran justicia, ya que al decidir los actos *sub júdice* 'cuestiones estrictamente judiciales', como 'la condena a indemnizar perjuicios y la correspondiente liquidación', invadieron el ámbito de los jueces civiles, desconociendo las indicadas separación de poderes y las funciones de los que están encargados de administrar justicia. Procedieron sin competencia para ello".

"La comprobación de la violación de esas normas constitucionales se acredita, además, mediante un sencillo silogismo en la propia sentencia de la Corte Suprema":

"Ella manifiesta que: 'Así vistas las normas acusadas *y ubicadas sus disposiciones en la órbita que la ley señala,* que es, se repite, *únicamente* la investigación de los accidentes con fines de esclarecer sus hechos en vista de sus circunstancias y sus causantes, no se encuentra en ello violación del artículo 55 de la Carta, como tampoco del 58 y 61...' Es así que los actos acusados (como lo he probado) se salieron de esa órbita, luego violaron los mencionados preceptos".

"Las tantas veces nombrada sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, por ser un fallo sobre constitucionalidad, tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes* y obviamente a ella hay que atenerse siempre que se trate de conocer o averiguar el sentido y el alcance de las disposiciones orgánicas de la Dirección General Marítima y Portuaria (Decreto-ley 2349 de 1971), que fueron objeto de la misma. Por consiguiente, ningún concepto o jurisprudencia anteriores a ella pueden invocarse válidamente para desconocer la inequívoca delimitación de competencias que tal sentencia contiene entre las funciones y límites de la jurisdicción de policía atribuidas a esa Dirección y la que corresponde a los jueces civiles".

"Si toda sentencia forma un todo congruente e inseparable respecto de la parte motiva y de la resolutiva, con mayor razón la que nos ocupa, en cuanto expresa que 'así vistas las normas acusadas y ubicadas sus disposiciones en la órbita que la ley les señala... no se encuentra en él lo violado del artículo 55 de la Carta, como tampoco del 58 y del 61...' Luego, si se miran de manera diferente se sacan de esa órbita, son inconstitucionales. Perdóneseme la insistencia en este punto".

"También fue vulnerado el artículo 55 del citado Decreto 2349 de 1971, en cuanto determina que 'en los casos en que resulten hechos que deben ser investigados por jurisdicción ordinaria o especial se compulsará copia de lo actuado al Juzgado de Reparto correspondiente'. Fue lo que debieron hacer el Capitán del Puerto de Buenaventura y Dimar con el memorial sobre liquidación de perjuicios, en vez de tramitarlo como si fuesen jueces civiles".

"Conviene advertir, por último, que la ameritada sentencia declara, tanto en la parte considerativa como en el numeral 1º de la decisoria, que *no está vigente* el artículo 426 de la Ley 79 de 1939, Orgánica del Código de Aduana, que determinaba que 'la estimación que haga (el Capitán de Resguardo, substituido por el Capitán de Puerto) de los daños causados y de las costas sufridas *prestará mérito ejecutivo* ante los jueces competentes por razón de la jurisdicción y la cuantía' ".

"Reitero, pues, la solicitud de que se declaren nulos los actos acusados y me suscribo de los señores Consejero con toda atención" (fls. 20 a 27, cuaderno 1).

II. Alegato de la parte demandada:

Del extenso alegato de conclusión, se transcriben los apartes que se consideran sustanciales para la decisión de la controversia.

"La Función Jurisdiccional Marítima se ejerce conforme al procedimiento especial contenido en el Título VI, artículos 37 a 71, complementado con las normas ordinarias del Código de Procedimiento Civil para la práctica de pruebas como el avalúo de los daños, etc. (arts. 48-49 *in fine*) debiendo dictar el fallo o sentencia conforme a los ordenamientos del Título XIV, artículos 302 a 312 del Código de Procedimiento Civil que comprende las dos clases de providencias existentes: En concreto o en abstracto, esta última liquidable para establecer el *quántum* de los daños (art. 53 *ibídem*), procediendo además condenar al pago de las expensas y costas según los Títulos IX y XX de la citada obra (Ver art. 70 del mismo Decreto 2349 de 1971)".

"No cabe duda que ello constituye un proceso especial jurisdiccional *sui géneris* establecido por el legislador para establecer los daños por accidentes o siniestros marítimos de naves y artefactos navales, sus responsables *y pago de la correspondiente indemnización que hará cumplir la autoridad marítima*, bajo la garantía de las 2 instancias y de los recursos de reposición y apelación, ya que el Capitán de Puerto es el Juzgador de Primera Instancia y el Director General Marítimo y Portuario lo es en Segunda Instancia, conformando así el debido proceso, que a su vez se divide en 2 etapas: a) Instructora o de comprobación de los hechos y práctica de pruebas y b) Juzgamiento y fallo, que ejecutoriado habrá de cumplirse coercitivamente (arts. 39, 44, 49, 51 y ss., 65 *ib.*). Cabe anotar que contra la sentencia sólo cabe el recurso de reposición ante el *ad quem* pudiendo aclararse, corregirse y adicionarse tanto en 1ª como en 2ª instancia según el mismo procedimiento civil, Título XIV, Capítulo II (art. 64 del citado Decreto 2349 de 1971)".

"Tal proceso jurisdiccional y especial marítimo ha sido establecido única y exclusivamente para investigar y establecer la responsabilidad de las partes en el siniestro o accidente marítimo y la consiguiente obligación de reparar el daño por parte del armador (art. 73 *ib.* Decreto 2349 de 1971), por lo cual su objetivo jurídico por razón de la aplicación de la ley para reconocer la existencia de hechos que producen efectos jurídicos, constituye clásica Función Jurisdiccional de carácter civil extracontractual donde no cabe decidir o resolver los conflictos de naturaleza privada que forman parte de la justicia civil ordinaria como el *sub exámine*, por medio de actos administrativos cuya naturaleza y fines excluyen tales decisiones jurisdiccionales, por lo cual el Capitán del Puerto ejerce la función de Juez de Primera Instancia y el Director General Marítimo y Portuario la ejerce en su condición de Juez para la Segunda Instancia cuando asume su conocimiento y falla la controversia. 'Administrando justicia en nombre

de la República de Colombia y por autoridad de la ley' (art. 53 Decreto 2349 de 1971, art. 304 del C. de P. C., fl. 11 cuaderno 1 *bis.*)".

"...5º *Función Jurisdiccional o Judicial y Poder de Policía*".

"Sabido es que el término jurisdiccional proviene del vocablo latino *juris dictio*, como también del término *juris declaratio*, que se deriva del *jus dicere*, o sea decir, declarar, imponer el derecho. Existen diversas definiciones sobre el particular entre ellas la de UGO ROCCO que expresa: 'Jurisdicción es la actividad en que el Estado interviene a instancia de los particulares, para procurar la realización de los intereses protegidos por el derecho que han quedado insatisfechos por falta de actuación de la norma jurídica que los ampara' (cit. Hernando Morales *ib.*)".

"La doctrina ha encontrado los siguientes elementos y objetivos de la jurisdicción: 'a) La *notio* o derecho de la autoridad a conocer de una cuestión determinada, lo cual corresponde a la instrucción del caso' o INVESTIGACION; 'b) *La vocatio* o facultad para constreñir a las partes a comparecer a un juicio; c) *La coertio*, o fuerza para el cumplimiento de las medidas compulsoras dentro del proceso, como las multas a las personas y el embargo de las cosas; d) *El ludicium* o facultad de dictar sentencia con efecto obligatorio entre partes, y e) *La executio* o imperio para cumplir las resoluciones judiciales a través de la fuerza pública, si fuere necesario. 'Así las cosas, por intermedio de la jurisdicción el Estado interviene en las relaciones de los particulares para declarar e imponer el derecho en cada caso es decir, para dar a cada cual lo suyo —*suum quique tribuere*—' ".

"Así, podría decirse que existen diferencias y semejanzas entre la Función Jurisdiccional y la Administrativa, ya que al decir de Carnelutti, entre la función judicial y la administrativa existe un aspecto común, en cuanto ambas atienden a la satisfacción de intereses públicos. La diferencia la encuentra en la distinción entre el interés en la composición de los conflictos que denomina 'Interno' y el interés en conflicto que apellida 'Externo', aunque ambos son públicos. La función judicial mira a satisfacer el primero y la administración a desarrollar los otros. La Función *Administrativa* se cumple en el conflicto, *la judicial* opera sobre el conflicto, es decir aquella conlleva una potestad del Estado sobre los asociados para aplicar sus ordenamientos o fines propios del bien común por lo cual persigue así directamente sus propios intereses y en ésta, es decir la judicial interviene para satisfacer intereses particulares, conflictos entre los asociados cuyo derecho tutela la autoridad estatal, ya que el orden social exige que nadie pueda hacerse justicia por sí mismo, cuya guarda se somete a la decisión estatal que obliga a los contendientes y tiene fuerza inconmovible de verdad y cosa juzgada, la que se lleva a cabo por intermedio de los jueces que la ley determine".

"Ahora bien, respecto a quienes ejercen la Función Jurisdiccional, a pesar de la separación que consagra el artículo 55 de la Constitución en las tres Ramas del Poder Público, la Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional, que conllevan separación de funciones, la jurisdiccional no solamente se ejerce por las autoridades judiciales, sino que pueden ejercerla autoridades administrativas de la Rama Ejecutiva, y la

Legislativa, a quienes el legislador ha conferido potestad para ello. Es evidente que la misma Rama Jurisdiccional ejerce en veces funciones administrativas, todo lo cual conlleva a dar aplicación al principio allí consagrado de la colaboración armónica para la realización de los fines del Estado. Sobre el particular ya ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación: '...Es así como de conformidad con nuestra organización constitucional, basada en el principio de la interdependencia y colaboración armónica de las tres Ramas del Poder Público, esa función se realiza primordialmente por las autoridades judiciales, pero también en determinados casos, por las de las Ramas Legislativa y Ejecutiva...' (CXXX, pág. 73 cit. por Hernando Morales)".

"¿Qué es en consecuencia EL PODER DE POLICIA? Para llegar a este concepto, preciso es partir del principio de las libertades individuales y sus limitaciones dentro del Estado, que de mero gendarme para vigilar que cada cual hiciese todo lo que quisiere, excepto lo que estaba legalmente prohibido, actualmente se ha llegado a un estado intervencionista, planificador y dirigista, dentro del cual esa autonomía privada se ve restringida y en ocasiones excluida de la actividad económica porque es un hecho que a medida que aumenta esa intervención estatal ello implica una restricción o un recorte de las libertades individuales, garantizadas en la Constitución en la forma absoluta o casi absoluta como relativa, pues al ser reglamentados por la ley, ésta se encarga de limitarlos teniendo en miras el bien común. ¿En dónde se hallan radicadas esas limitaciones? En primer lugar el Estado ejerce el PODER DE POLICIA para ello. Luego se encarga de la prestación de los servicios públicos y de vigilar a los particulares cuando estos los prestan; posteriormente plantea y dirige la economía del país y, en general, interviene en ejercicio de la función administrativa y a veces actúa en libre competencia. Por tanto la palabra POLICIA se refiere a la actividad del Estado encaminada a mantener la convivencia pacífica y ordenada de los individuos y sus distintas actividades dentro de la sociedad. Es, pues una limitación de la actividad individual, ordenada y efectuada por una autoridad pública en interés general. La voz POLICIA viene de *polis* que significa ciudad, pues en un principio se circunscribía a una concepción de tipo municipal y reducido, ya que eran pocas las limitaciones establecidas a la libertad individual; pero modernamente con el reconocimiento de los derechos a todas las personas humanas y aún jurídicas, y su calificación de naturales e inviolables, ese reducido concepto de policía se ha ampliado, *para significar la actividad administrativa que vigila o custodia las actuaciones de los individuos frente a las cosas públicas.* Existe una regla general, según la cual, la libertad es la norma y la restricción es la excepción; pero la restricción se establece con base en el concepto del orden público del interés general, pues se trata de aplicar el principio de que el interés privado debe ceder al general, al de todos. Sin embargo, el término POLICIA se venía circunscribiendo a la FUERZA DE POLICIA esto es, al cuerpo administrativo armado, distinto del ejército, que realiza actos de fuerza y que intervenía físicamente para controlar las actividades ciudadanas cuando se afectaba la convivencia social. El tratadista WALINE, expone la noción de Policía, así: 'En el lenguaje del derecho administrativo, el término POLICIA no tiene el mismo sentido que en el lenguaje corriente: Es la

limitación por una autoridad pública y en el interés público, de una actividad de los ciudadanos, sin que deje de ser actividad privada; ella solamente es reglamentada. No deja de ser libre sino en la medida en que no está restringida expresamente por prescripciones de policía. En otras palabras la libertad es la regla, la restricción por medida de policía es la excepción'. De ello se deduce que POLICIA ADMINISTRATIVA 'es una forma de intervención que ejercen ciertas autoridades administrativas y que consiste en imponer, en vista de asegurar el orden público, limitaciones a las libertades de los individuos' y que sus elementos son: a) Una actividad; b) Realizada por la autoridad administrativa; c) Se trata de una limitación a las libertades individuales; d) Fundada en el orden público e interés general y e) La restricción es la excepción, por lo que debe estar expresamente consagrada. Por ello, según el orden público que se trate de proteger, el PODER DE POLICIA se ejercerá de una u otra manera: Policía de seguridad, de orden público económico, etc., para concluir que ellas constituyen *CONTRAVENCIONES ADMINISTRATIVAS* que según la materia y especialidad se pueden señalar para los respectivos correctivos o sanciones conforme al orden que transgredan, como por ejemplo, en materia monetaria, cambiaria, de control de precios, tránsito y transportes, industria y comercio, etc., para las cuales existen las respectivas disposiciones administrativas que limitan la actividad y si existiere violación procede la sanción administrativa policiva".

"A la par de la POLICIA ADMINISTRATIVA, existe LA INFRACCION POLICIVA que toca con el Régimen Contravencional contemplado en el Código Penal o Ley 100 de 1980, artículo 18 que trata del 'HECHO PUNIBLE' que divide en delito y CONTRAVENCION, que puede ser ejecutado por acción u omisión, que constituyen infracciones o quebrantamientos de la ley penal. El anterior Código Penal agregaba: Salvo disposición en contrario, la represión de las contravenciones corresponderá a LA POLICIA. Así desde la vigencia del Código Penal, en Colombia sólo vino a expedirse un estatuto general de CONTRAVENCIONES en 1970, en principio como Libro III del Código Penal, pero que en último vino a quedar como una simple *'ley de contravenciones'*. No existe un criterio claro y preciso para diferenciar la contravención del delito propiamente dicho y así tenemos que el profesor Bernardo Gaitán Mahecha sostiene sobre el particular: 'En síntesis la diferencia entre delito y contravención policiva está determinada por la propia ley, que se encarga de clasificarlos dentro de los códigos que al efecto regulan el sistema penal'. Fue el Decreto 1118 de 15 de julio de 1970 la norma que incorporó al Código Penal lo pertinente a contravenciones como se dijo. En ese mismo año de 1970 se expidió el Decreto 1355 'POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS SOBRE POLICIA', cuyo Libro 3º se titula 'de las Contravenciones Nacionales de Policía'. De esta manera quedaban en el Decreto 1355 las CONTRAVENCIONES PENALES (Libro III del Código Penal) se consignaron en el Decreto 1118, el cual derogó algunos artículos del Código Penal, *pasando delitos a coniravenciones.* Sin embargo este último Decreto 1118 perdió su vigencia que el Ejecutivo puso en vigencia el Decreto 522 de 1971, *'con el cual se definen como delitos' algunos hechos considerados como contravenciones se incorporan al Decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970 determinadas contravenciones,*

y se determina su competencia y procedimiento se modifican y derogan algunas de las disposiciones de dicho Decreto, se deroga el Decreto-ley 118 de 15 de julio de 1970 y se dictan otras disposiciones'. Así dejó de existir el Libro III del Código Penal. Además este Decreto 522 de 1971, trae el Título Cuarto del Libro III del Decreto 1355, Título que trata de las 'Contravenciones Especiales' (fls. 13 a 16, cuaderno 1)".

"...6º Sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia: Exequibilidad del Decreto 2349 de 1971".

"Mediante sentencia de fecha 29 de marzo de 1982, la honorable Corte Suprema de Justicia en Sala Constitucional profirió fallo de exequibilidad o constitucionalidad de algunas disposiciones del Decreto 2349 de 1971, así: RESUELVE: Declarar exequibles los artículos 3º numeral 18 en la parte que dice 'FALLOS PRONUNCIADOS', 4º numeral 8 en la parte que dice 'FALLOS EN SEGUNDO GRADO'; 9º numeral 9º en la parte que dice 'DICTAR FALLOS EN PRIMER GRADO; 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73 y 74 del Decreto extraordinario 2349 de 1971, conforme a su artículo 2º, ya que por el primero se declaró inhibida la Alta Corporación para conocer de la acción pública por haber sido derogadas las normas pertinentes".

"Dicha acción propuesta por el representante de la parte interviniente en la *litis* de responsabilidad civil extracontractual de carácter marítimo que se había iniciado ante la Jurisdicción Especial Marítima desde 1980 por el hundimiento de la pequeña motonave Tania, procuraba obtener efectos particulares aplicables a una litis de derecho privado, derivados de una sentencia constitucional que tiene carácter político y de derecho público, pero con resultados totalmente adversos a las pretensiones, ya que del contexto de la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia se tiene que se trata de un fallo puro y simple no condicionado en forma alguna a elucubraciones, salvedades o interpretaciones que permitan deducir efecto alguno diferente de los que le confiere la ley cuando se profiere fallo o sentencia de exequibilidad. Sobre el particular ha dicho la misma honorable Corte: 'No siempre la existencia de una errónea aplicación de la ley en la parte motiva de la sentencia produce la ilegalidad de la parte resolutiva, ya que, por ejemplo, la decisión puede apoyarse sobre diversos motivos de derecho, independientes unos de otros, de tal suerte que el error jurídico respecto de alguno o algunos de ellos, no sea bastante para destruir la legalidad de la sentencia que se sostiene en otras consideraciones no equivocadas. En estos casos en que la existencia del error... no se encuentra en relación de causalidad con la ilegalidad de la decisión (ERROR CAUSALIS), la parte vencida carece de interés en colocar bajo la censura de la Corte el error jurídico en que el sentenciador de instancia haya incurrido, porque aún cuando se reconociera la existencia del error, no por ello vendría a invalidarse el fallo que no puede considerarse como efecto necesario de la errónea aplicación de la ley', lo cual quiere significar que la parte motiva de la sentencia mientras no esté aplicada concretamente a la parte resolutiva, no tiene incidencia en la decisión definitiva, ya que ésta es la que impone las consecuencias y efectos jurídicos de imperioso cumpli-

miento. Como en sl *sub exámine* la sentencia ha sido concreta y precisa respecto a la plena y absoluta constitucionalidad de las normas acusadas, sin observación alguna, a tal decisión se ha de estar plenamente cuando la doctrina ha venido sosteniendo que 'una norma es exequible, es decir válida y por lo tanto ejecutable, cuando es compatible con la Constitución'. El doctor Miguel Moreno Jaramillo dice: 'Son inexequibles un acto legislativo, una ley o un decreto, cuando la Corte declara que no pueden ejecutarse o cumplirse, que carece de valor y de efecto, que no tienen vida' Ob. Estudios Jurídicos".

"En las anteriores condiciones no cabe aplicar ni derivar doctrina alguna; para ser aplicada a una litis de derecho privado, de la parte considerativa mera de la sentencia de exequibilidad del Decreto 2349 de 1971 de la honorable Corte Suprema de Justicia, ya que si EXEQUIBILIDAD, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa 'que se puede hacer, conseguir y llevar a cabo', no se ve razón jurídica alguna para no proseguir dentro de las facultades del juzgador que interpreta la ley aplicando su contenido legal. Así lo ha sostenido el jurista y el honorable Consejero de Estado doctor Jaime Betancur Cuartas, en su famoso 'Tratado de Derecho Constitucional Colombiano' 1ª edición 1978 cuando señala: 'LA CORTE en esta acción de inexequibilidad —INTERPRETA FRENTE A LA CONSTITUCION— la norma acusada pero *no por vía de autoridad* porque esta es competencia del Congreso Nacional, *NI POR VIA DE DOCTRINA* porque ésta se produce en un proceso en ejercicio de la competencia ordinaria —ajena a la Constitucional— por lo cual la Corte tampoco en esta acción considera la conveniencia o justicia, sino la violación constitucional de la norma acusada, analiza la norma acusada *EN ABSTRACTO* y no referente a situaciones de HECHO, QUE SON AJENAS A SU COMPETENCIA', o lo que es lo mismo frente a situaciones concretas en cuanto a la forma y modo de aplicar la norma declarada exequible, ya que esa facultad prosigue radicada en los mismos funcionarios o jueces encargados de desatar conflictos de intereses privados, conforme al ordenamiento de la Ley 84 de 1873 o Código Civil mediante lo dispuesto por los artículos 25 a 32 *ibidem*, es decir la interpretación científica y sistemática frente a cada caso particular, con la única excepción contenida en el artículo 4º de la Ley 169 de 1986 que faculta al juzgador para acoger como doctrina probable 'tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia, como *Tribunal de casación* sobre *un mismo punto de derecho*, constituye doctrina probable y los jueces PODRAN aplicarla en casos análogos...', resultando así que los considerandos de la sentencia de exequibilidad del Decreto 2349 de 1971, no alcanzan a constituir bajo ningún aspecto DOCTRINA CONSTITUCIONAL por lo cual tampoco podrá ser aplicado en los casos de que trata el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, cuando se trate de disposiciones oscuras o incongruentes, que no es el caso de las contempladas en el Decreto 2349 de 1971".

"Y ello es tan evidente honorable Consejero de Estado, que para tan sólo exponer un ejemplo cómo los considerandos de la citada sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, de fecha 29 de marzo de 1982, para satisfacción del derecho no constituyen doctrina ni pueden influir en la decisión constitucional y mucho menos en las

decisiones de derecho privado, que la parte actora en la acción de nulidad de las providencias —algunas— del proceso jurisdiccional marítimo, trae como argumento vital de la 'doctrina' constitucional de ese fallo lo siguiente: 'El asunto deja de ser materia de la jurisdicción de policía, para convertirse en cuestión estrictamente judicial cuando haya LUGAR A OTRAS INVESTIGACIONES Y DECISIONES POR HECHOS diferentes a los señalados en la ley como objeto de investigación por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria. Tal es el caso de la condena a indemnizar perjuicios y de la correspondiente liquidación. La policía administrativa colabora así con la administración de justicia, con lo cual se satisface la existencia del artículo 55 de la Constitución, que ello ocurra lo garantiza el artículo 55 del Decreto que se analiza —2349 de 1971—'. 'En los casos en que resulten hechos *QUE DEBAN SER INVESTIGADOS* por la jurisdicción ordinaria o especial se compulsará copia de lo actuado al juzgador de reparto correspondiente', lo cual no encaja dentro del proceso especial marítimo de responsabilidad extracontractual, ya que los únicos hechos *QUE DEBAN SER INVESTIGADOS* por la jurisdicción ordinaria, como un IMPERATIVO Y UN DEBER OFICIOSO, son los constitutivos de DELITOS PUNIBLES para los cuales *deberá* compulsarse copia de la actuación pertinente y que para el caso del hundimiento de la motonave 'Tania' AUN INEXPLICABLEMENTE NO SE HA HECHO violando este deber imperativo, si se tiene en cuenta que el Código de las Penas lo contempla como DELITO GRAVE investigable de oficio al señalar: Artículo 193: *'SINIESTRO O DAÑO DE NAVE*, el que ocasione incendio, sumersión, encallamiento o *NAUFRAGIO DE NAVE* o de otra construcción flotante, o el daño o caída de aeronave, incurrirá en prisión de uno (1) a siete (7) años y en multa de cincuenta mil a quinientos mil pesos', con lo cual no solamente se halla impune el hecho delictuoso aún, sino que después de CINCO AÑOS de haber incurrido en el delito y el daño, la parte condenada y obligada aún se resiste por todos los medios para eludir el cumplimiento de la obligación. Es así que no solamente ha llevado este proceso a la Corte Suprema de Justicia, sino a la Procuraduría General de la Nación, como consta y se halla inserto en el proceso jurisdiccional marítimo y ahora mediante denuncia penal afirmando que se ha incurrido en delito por parte de las autoridades marítimas al diligenciar el proceso como corresponde a su naturaleza civil y no como simple infracción policiva que no le corresponde, como claramente se ha establecido".

"Es de anotar que la INVESTIGACION PENAL constituye un proceso que debe culminar con la calificación de su mérito, previa instrucción hasta llegar a la condena o absolución, sin que quepa limitarlo a la simple fase de instrucción, por cuanto en el término de investigación se halla comprendido todo el diligenciamiento del proceso que constituye una unidad indisoluble, como lo es el proceso civil marítimo".

"7º La jurisprudencia del honorable Consejo de Estado".

"En varias providencias, el honorable Consejo de Estado, expediente número 1590, Sección Tercera, actor VAPORES NORDEN S. A., ponente doctor Jorge Valencia Arango, sentencia de 8 de julio de 1976, la de 22 de septiembre de 1970, proceso número 1206, Sección

Primera promovido por HAMBURK-AMERIKA LINES, ponente doctor Enrique Acero Pimentel y la última de fecha reciente, de la Sección Primera, *de fecha 13 de diciembre de 1983*, expediente 3834 de OFFSHORE LOGISTICSINC, con ponencia del honorable consejero doctor Roberto Suárez Franco, han concluido en que las decisiones de la jurisdicción marítima y portuaria constituyen jurisdicción especial marítima de responsabilidad civil extracontractual".

"Ello está acorde con el artículo 58 de la Constitución que claramente determina que administran justicia en Colombia a más de las agencias jurisdiccionales existentes y tradicionales como la Corte Suprema, etc., los 'demás tribunales y juzgados que la ley establezca'. Y a la vez el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil señala que la jurisdicción ordinaria o judicial para lo civil, conoce de aquellos negocios QUE POR LEY NO ESTEN ATRIBUIDOS A OTRAS JURISDICCIONES encontrando así amplio respaldo constitucional y legal tal doctrina del honorable Consejo de Estado".

"LA LEGALIDAD DEL PROCESO JURISDICCIONAL MARITIMO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL".

"Dada su especial naturaleza, el trámite es ágil, debido no cabe duda a las necesidades de pronta resolución para los problemas del tránsito naval internacional. Su trámite se inicia como cualquier proceso desde la instrucción hasta la necesaria decisión y cumplimiento del fallo, por lo cual cumple los requisitos de cualquier proceso, y que bajo ningún aspecto lógico o legal proceda dividir la continencia de la causa en un proceso investigativo policivo y otro investigativo de responsabilidad ante jurisdicción ordinaria".

"Por ello, honorable Consejero de Estado, es que se apoya la legalidad de lo actuado y resuelto por la jurisdicción especial marítima, en los presupuestos de plena juridicidad y respaldo tanto en la Carta como en las propias disposiciones legales que lo informan" (fls. 17 a 20, cuaderno 1 *bis*.).

III. El concepto fiscal:

Dice así:

"La demanda se limita a solicitar únicamente la nulidad de unas providencias fundamentándose en la falta de competencia del funcionario que las dictó. Por este aspecto la demanda ha debido ser tramitada en la Sección Primera de esta Corporación".

"En la demanda se solicita: 'Que son nulas las siguientes providencias: La de 8 de octubre de 1982 del Capitán del Puerto de Buenaventura en cuanto condenó a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., al pago de perjuicios materiales y morales por el hundimiento de la motonave Tania, en cuantía de $ 30.092.234.11 y agencias en derecho por $ 2.000.000.00, a favor de José Vicente Forero Correa y Gustavo García Caicedo; la de 3 de febrero de 1983 de la Dirección General Marítima y Portuaria, que declaró ejecutoriada la providencia anterior y las demás providencias que dieron lugar a las anteriores, a saber: La del 15 de junio de 1981 de la Capitanía del Puerto de Buenaventura

que admitió la liquidación de perjuicios presentada por los señores Forero Correa y García Caicedo; las de 17 de julio de 1981, de la misma Capitanía, y de 26 de febrero de 1982 de la Dirección General dicha, por las que decidieron desfavorablemente los recursos de reposición y apelación de la providencia anterior; la de 30 de marzo de 1982; las de 30 de abril de 1982 de la Capitanía citada y de 18 de agosto de 1982 de la Dirección General mencionada, que negaron la suspensión del trámite de la liquidación de perjuicios o su nulidad, con base en la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 29 de marzo de 1982 que acompaño, en la cual fijó claramente la competencia de la Dirección General Marítima y Portuaria' ".

"Tenemos pues que lo que se demanda en el presente caso son unas providencias (auto interlocutorio y de sustanciación) y contra estas providencias no es posible entablar demanda. Las providencias sólo pueden ser objeto de recursos".

"Esta jurisdicción conoce de las demás contra los actos administrativos (arts. 62 y ss., C. C. A.)".

"En consecuencia, esta Agencia del Ministerio Público solicita a la Sala se declare inhibida para conocer en el presente caso" (fls. 21 y 22, cuaderno 1 *bis*.).

IV. Consideraciones de la Sala:

a) Resulta fundamental, para la decisión de la presente litis, el análisis de la naturaleza, alcance y constitucionalidad del Decreto-ley 2349 de 1971; dictado en uso de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 7ª de 1970.

Tal Decreto derogó y sustituyó las disposiciones contenidas en el Decreto-ley 3183 de 1952 que a su vez derogó el artículo 426 de la Ley 79 de 1931 y reguló íntegramente la materia a que tales normas se referían.

En efecto: Le dio a la Dirección General Marítima y Portuaria la facultad de fallar en segundo grado las apelaciones y consultas de las providencias dictadas en primer grado por las Capitanías de Puerto (arts. 4º a 8º); al Capitán de Puerto la de investigar y fallar en primer grado las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos de la Marina Mercante Colombiana (art. 9º); determinó que las investigaciones por accidentes o siniestros marítimos se adelantarán y fallarán de acuerdo con las disposiciones de tal estatuto, en primer grado el Capitán de Puerto (art. 37) y la Dirección General, en segundo grado (art. 39); creó un Tribunal de Capitanes como asesor en las investigaciones; prevé el procedimiento que debe cumplirse, los recursos que proceden;

b) Este Decreto-ley fue demandado por inconstitucional y la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 29 de marzo de 1982 lo declaró exequible, con las siguientes consideraciones:

"Naturaleza de las normas acusadas y carácter de sus disposiciones".

"Las normas acusadas en el presente proceso, a las cuales éste se contrae, según lo ya expresado, tienen su propia naturaleza y ostentan un carácter que es necesario precisar, porque de tales consideraciones dependerá el juicio que resulta de su confrontación con los preceptos del Código Superior".

"En primer lugar se trata de un decreto dictado por el Gobierno 'en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 7ª de 1970', como lo advierte su encabezamiento. Dicha ley autorizó al Presidente de la República para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional. En su virtud se expidió el Decreto 2349 de 1971, 'por el cual se crea la Dirección General Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones'. Claro es que la dependencia reorganizada, a la cual se le asignaron las funciones que tenía la antigua Dirección de la Marina Mercante, pertenece orgánicamente al Ministerio de Defensa Nacional".

"A la Dirección General Marítima y Portuaria se le determina una estructura administrativa, y se le otorga competencia, entre otras cosas, para conocer de los accidentes que ocurran en los puertos con motivo de operaciones navales. Bueno es advertir que esa competencia ya existía en la antigua Dirección de Marina Mercante Colombiana, entidad a la cual vino a sustituir la Dirección General Marítima y Portuaria. Es esta una función típicamente policiva, no militar, y específicamente destinada a controlar el movimiento de las naves en los puertos y esclarecer los accidentes que en tal movimiento se puedan producir. Como esa intervención de la dependencia del Ministerio de Defensa requiere de reglamentación legal porque no puede haber empleos sin funciones debidamente asignadas, el Decreto en referencia en su Título Sexto establece un procedimiento completo para las 'investigaciones por accidentes y siniestros', como lo indica el Título en su Primera Parte. Entonces se tiene que el Decreto extraordinario 2349 de 1971, crea un organismo dependiente del Ministerio de Defensa Nacional, en reemplazo de otro que también pertenecía a este Ministerio, le asigna unas funciones de investigación con objeto específico y establece un procedimiento para sus actuaciones de tal naturaleza".

"En otras palabras, el legislador extraordinario, al hacer uso de sus facultades para reorganizar el Ministerio de Defensa, le reasignó a éste ciertas funciones de policía administrativa para que las ejerciera a través de la Dirección General Marítima y Portuaria. Podía hacerlo sin exceso de las facultades recibidas? Muchas veces se ha dicho que la atribución de reorganizarla de nuevo, acomodando su estructura a las exigencias del servicio que debe prestar, desde luego sin perder de vista los objetivos propios de la institución reorganizada. Por manera que si el ejecutivo, al reorganizar el Ministerio de Defensa, para lo cual el legislativo lo había autorizado, le atribuyó de nuevo a una de sus dependencias funciones de policía marítima y fluvial, con ello no se extralimitó en el uso de las facultades recibidas, ni se desvió de los objetivos institucionales de la dependencia reorganizada".

"Se trata, pues, en esencia, de funciones policivas que se han dado a la Dirección General Marítima y Portuaria, como organismo del Ministerio de Defensa. Las normas correspondientes, objeto de acusación, ostentan esa naturaleza jurídica en razón de su materia y su

objetivo, el cual, tal como lo indica el Decreto extraordinario, es fundamentalmente de investigación de accidentes o siniestros marítimos de naves y artefactos navales".

"El poder de policía".

"El llamado poder de policía ha sido objeto de muchas explicaciones acerca de su naturaleza y sus alcances. Su apoyo constitucional se hace depender de varias normas de la Carta, entre ellas el artículo 16 que atribuye a las autoridades de la República el deber trascendental de proteger a todas las personas en sus vidas, honra y bienes; sobre todo el 120-7, según el cual corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, 'conservar en todo el territorio el orden público'. A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de abril de 1970, con ponencia del Magistrado Hernán Toro Agudelo (G. J. 2338 *bis.*, pág. 89), expresó: 'En la forma descrita, la Constitución sí ha organizado y con creces, un poder de policía, que tiene sus propias reglas, sus procedimientos especiales, un régimen de infracciones y sanciones, en fin sus autoridades, jurisdicción y competencia peculiares. Pero la policía no sólo tiene esos medios, que conforman y delimitan su poder, sino también otro, el de la fuerza, que puede serle necesaria para hacer cumplir sus decisiones o las de otras autoridades, como las judiciales, instrumento igualmente previsto en el artículo 167 de la Carta, que dispone la organización de un cuerpo de policía, el cual como fuerza pública está bajo la dirección suprema del Presidente de la República' ".

"Poder de policía, función de policía y fuerza pública de policía son tres conceptos muy relacionados entre sí pero diferenciados. El primero es genérico, el segundo y el tercero son manifestaciones concretas. La función de policía se encuentra en las normas de la Carta que dan al Gobierno facultades de intervención en las actividades de las personas, o que las sujeta a su inspección y vigilancia. Tal es el sentido de la institución que se distingue con el nombre de policía administrativa, es la índole, por ejemplo, de las facultades que ejercen las superintendencias. La fuerza pública de policía es el cuerpo destinado fundamentalmente a prevenir las perturbaciones del orden y brindar su apoyo material a las autoridades que lo requieran para el ejercicio efectivo de sus funciones".

"En lo que se refiere a las normas que se examinan, ellas le asignan a la Dirección General Marítima y Portuaria ciertas funciones de policía relacionadas con los accidentes o siniestros marítimos, que, sin duda, corresponden al poder de policía. Tienen carácter de policía administrativa, por la función en sí misma y por la naturaleza del órgano al cual se le asignan. De otra parte, el carácter de los hechos cuya investigación se les atribuye, exige conocimientos y pericias especializados, indispensables para el acierto en el ejercicio de esas funciones, de ahí que su cumplimiento se confíe al sector del Ministerio de Defensa dedicado al estudio de la práctica de la actividades marítimas. Ningún otro organismo de la administración podía desarrollar esas funciones con la misma idoneidad, ni cumplirlas con la misma eficacia. La naturaleza de los hechos que se deben investigar exige que la correspondiente función se asigne con criterio de especialización".

"Jurisdicción y competencia".

"La competencia conferida a la Dirección General Marítima y Portuaria para conocer de los accidentes marítimos con fines investigativos, es condición esencial para el ejercicio de las funciones aludidas, pero además implica jurisdicción".

"En varias oportunidades la jurisprudencia ha reconocido la complejidad del término jurisdiccional, y del concepto que contiene, en su aplicación práctica. En sentencia del 27 de septiembre de 1969, la Corte manifestó: 'La función jurisdiccional, aparentemente simple en su concepción, como la potestad que tienen los jueces para administrar justicia, tiene su intrínseca complicación al tratar de limitar el campo de cada una de las Ramas del Poder Público en lo que se denomina jurisdicción' ".

"Se ha dicho también que la jurisdicción puede entenderse en sentido amplio 'como la potestad pública de conocer de los asuntos administrativos, civiles, penales y comerciales y decidirlos con arreglo a las leyes', y que también tiene un sentido estricto como 'el poder del Estado ejercido a través de los Tribunales y Jueces'. La primera acepción es la que se utiliza cuando se dice, por ejemplo, que ciertos hechos o personas se hallan bajo la jurisdicción de determinados funcionarios de la administración por razón de su localización física, en el sentido de que se encuentran sujetos a su autoridad. Pero también se afirma que sólo los administradores de justicia tienen jurisdicción, en cuanto dicen el derecho. Ciertas actuaciones de policía, como las que disponen las normas sobre investigación de accidentes marítimos, suponen jurisdicción en su órbita propia y, en consecuencia, capacidad para conocer y decidir sobre ellos. De ahí que haya sido necesario establecer un procedimiento para su desarrollo. En la misma sentencia del 9 de abril de 1970, aludiendo a la naturaleza jurídica de esta clase de procesos policivos, la Corte también afirmó: 'El poder de policía precisamente es llamado, dentro de la Administración, a cumplir esa especie de funciones jurisdiccionales, tan diferentes, según lo expuesto atrás, de las que competen a los jueces, pero también tan próximas a estas por cuanto se desarrollan igualmente sobre el examen de unos hechos o conductas y su confrontación con la ley, y terminan con una decisión de obligatorio cumplimiento'. A lo cual se agrega que esos hechos o conductas sujetos al poder de policía, en la función jurisdiccional así entendida, sólo pueden ser definidos por la ley, que es la llamada a diferenciar entre los delitos propiamente dichos, cuyo conocimiento corresponde a los jueces ordinarios, y las contravenciones que se asignen a la competencia de las autoridades de policía".

"El Decreto 2349 de 1971".

"El Decreto número 2349 de 1971, al cual pertenecen las normas acusadas, se expidió con un objetivo general y varios objetivos particulares relacionados con aquél. Crea la Dirección General Marítima y Portuaria, en reemplazo de la Dirección de Marina Mercante Colombiana, como dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional, y tiene como objetivos, según los términos del artículo 1º: La Dirección de Marina Mercante; la investigación marítima; la regu-

lación y control del transporte marítimo internacional y de cabotaje; y la dirección de los puertos del país. Se trata, pues, de un organismo administrativo, no sólo por su ubicación en la Rama Ejecutiva, sino por la naturaleza de las funciones que se desprenden de sus objetivos y que, además, se encuentran especificadas. Dentro de estas se hallan las de investigación por accidentes o siniestros marítimos de naves y artefactos navales, función que es de policía por su objeto propio y por sus características. Las disposiciones acusadas son precisamente las que determinan y regulan estas funciones".

"Las autoridades que el Decreto 2349 indica como responsables de las investigaciones sobre el objeto señalado, son el Capitán de Puerto en primer grado y el Director General Marítimo y Portuario en el segundo grado. Como organismo asesor para los mismos fines se constituye un Tribunal de Capitanes en cada uno de los puertos de Primera Categoría, cuya designación corresponde al respectivo Capitán de Puerto. La investigación de los accidentes es materia de un proceso que debe culminar en una decisión. Dentro de él hay lugar a actuación de las partes vinculadas al objeto de la investigación, que es el accidente, como también a las pruebas con él relacionadas, y, en general, a diligencias indispensables para la aclaración de los hechos investigados. Para tales trámites y actuaciones se exige la aplicación de las normas procesales de códigos ordinarios sobre la misma materia".

"Lo que importa distinguir con precisión es que, de acuerdo con los objetivos señalados por el Decreto-ley, y con la materia misma de las normas pertinentes, el objeto de la investigación y su proceso es el accidente o el siniestro marítimo de naves y artefactos navales, entendiendo por tales los definidos por los tratados, convenios y la costumbre internacional o nacional, según lo exige el artículo 38. Los hechos que la investigación debe cubrir están señalados de manera taxativa en el artículo 49. Comprenden todas aquellas circunstancias en las cuales se produjo el accidente o siniestro, y que deben conocerse para deducir sus causas materiales; y se llega hasta el avalúo de los daños ocurridos. Se tiene entonces, que la investigación versa sobre el accidente o siniestro en sí mismo, como hecho material y como efecto de causas determinantes. Tal es el objeto de esas investigaciones, como debe serlo siempre en este tipo de averiguaciones de carácter policivo. La conclusión no podrá ser otra que la de concretar todas las circunstancias del hecho investigado y precisar a sus causantes. El avalúo de los daños es la necesaria consecuencia de la investigación, y la indemnización correspondiente se desprende directamente del concepto y el valor de los perjuicios sufridos por la víctima del accidente investigado. El asunto deja de ser materia de la jurisdicción de policía, para convertirse en cuestión estrictamente judicial cuando haya lugar a otras investigaciones y decisiones por hechos diferentes a los señalados en la ley como objeto de investigación por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria. Tal es el caso de la condena a indemnizar perjuicios y de la correspondiente liquidación. La policía administrativa colabora así con la administración de justicia, con lo cual se satisface la exigencia del artículo 55 de la Constitución. Que ello ocurra de tal manera lo garantiza el artículo 55 del Decreto que se analiza: 'En los casos en que resulten hechos que deban ser inves-

tigados por jurisdicción ordinaria o especial se compulsará copia de lo actuado al Juzgado de reparto correspondiente' ".

"El carácter de las actuaciones de los funcionarios de la Dirección General Marítima y Portuaria, en su función de investigadores de accidentes, sus objetivos y propósitos legalmente establecidos, explican la razón de ser de los procedimientos prescritos por el Decreto 2349 de 1971, ya que el proceso investigativo que les corresponde adelantar no puede quedar a su arbitrio sino que requiere de dichas normas, para garantía y seguridad de los intereses de todas las personas afectadas a cualquiera investigación de esa especie. Por eso también es correcto que se obligue a la aplicación de las técnicas consagradas en los códigos de procedimiento. El proceso investigativo está prevenido como una unidad, tiene determinado el momento de su iniciación, previstos sus pasos, términos, y medios probatorios, establecidos instancias y recursos y señala su culminación en providencias llamadas fallos, porque en efecto lo son en cuanto contienen los elementos propios de toda investigación y definen sus resultados. Pero esto no tipifica la actividad de aquellos funcionarios como judicial, porque el contenido de sus decisiones debe limitarse a lo propio de su objetivo legal, incluida la declaración de culpabilidad con respecto a los accidentes investigados, y el avalúo de los daños ocurridos con tal motivo".

"Así vistas las normas acusadas, y ubicadas sus disposiciones en la órbita que la ley les señala, que es, se repite, únicamente la investigación de los accidentes con fines de esclarecer sus hechos, en vista de sus circunstancias y sus causantes, no se encuentra en ello violación del artículo 55 de la Carta, como tampoco del 58 ni del 61, ya que las actuaciones de la Dirección General Marítima y Portuaria no tienen carácter judicial, aunque ofrezcan características jurisdiccionales, en cuanto gestoras de un proceso investigativo necesario para establecer si se cumplieron o no las normas de la Marina Mercante Colombiana sobre navegación y las circunstancias materiales y humanas de los accidentes o siniestros que hayan ocurrido" (Sentencia de marzo 29 de 1982. Magistrado ponten doctor Carlos Medellín. Actores: José Enrique Arboleda Valencia, Enrique José Arboleda Perdomo y Juan Manuel Arboleda Perdomo).

c) La motivación de las sentencias judiciales no es un capricho sino una expresa exigencia del artículo 163 de la Constitución Política que la convierte en elemento esencial del acto jurídico-procesal hasta el punto de que su ausencia implica inexistencia de dicho acto. De ahí que, aunque técnicamente se diga que lo que trasciende del proceso y hace tránsito a cosa juzgada es la parte resolutiva de la sentencia, el alcance, y naturaleza y extensión de la decisión no pueden comprenderse sin la motivación que les sirve de causa.

Carece de razón, por lo mismo el señor personero judicial de la parte demandada al tratar de divorciar la parte motiva de la resolutiva de la sentencia de exequibilidad de la Corte Suprema de Justicia que se ha transcrito parcialmente y con ello se demuestra, con claridad absoluta, que el pretendido divorcio conduce, con frecuencia, a una errada inteligencia de la decisión jurisdiccional.

Véase sí no cómo mientras la Corte declara exequible el estatuto impugnado sobre la base de que en él no se regulan funciones judiciales sino administrativas de policía tendientes a investigar los accidentes, determinar las contravenciones a los reglamentos de tránsito marítimo, excluyendo, en forma expresa que: *"EL ASUNTO DEJA DE SER MATERIA DE LA JURISDICCION DE POLICIA PARA CONVERTIRSE EN CUESTION ESTRICTAMENTE JUDICIAL CUANDO HAYA LUGAR A OTRAS INVESTIGACIONES Y DECISIONES POR HECHOS DIFERENTES A LOS SEÑALADOS EN LA LEY COMO OBJETO DE INVESTIGACION POR PARTE DE LA DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA. TAL ES EL CASO DE LA CONDENA A INDEMNIZAR PERJUICIOS Y DE LA CORRESPONDIENTE LIQUIDACION"*, el demandado, ignorando tal motivación, argumenta que como fue declarada exequible hay que aplicar su tenor literal;

d) Tampoco tiene razón el Agente del Ministerio Público, cuando dice:

"Tenemos pues que lo que se demanda en el presente caso son unas providencias (auto interlocutorio y de sustanciación) y contra estas providencias no es posible entablar demanda. Las providencias sólo pueden ser objeto de recursos".

"Esta jurisdicción conoce de las demandas contra los actos administrativos (arts. 62 y ss., C. C. A.)". (fl. 22, cuaderno 1 *bis*.).

Si tan simple fuera el criterio a aplicar para determinar la competencia jurisdiccional por el nombre que se le a los actos, verdaderamente no habrían existido tantos conflictos enriquecedores de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

Como muy bien lo dice la demanda no se impugnaron las decisiones de 31 de octubre de 1980 que estableció la culpabilidad en el naufragio, proferida por la Capitanía de Puerto de Buenaventura ni la confirmatoria expedida por la Dirección General, por cuanto ellas están dentro de la competencia de policía administrativa conferida por la ley y con las cuales ha debido terminar toda actuación de la Administración relacionada con el referido naufragio.

De ahí que la actuación posterior tendiente a liquidar una condena en abstracto que no existe, contenida en una sentencia que tampoco existe configura no sólo el "abuso de poder" de que habla el libelo sino una típica vía de hecho, forma "cuasidelictual" de la actuación administrativa, como dicen algunos doctrinantes o la más "grosera" de las arbitrariedades como lo ha dicho la jurisprudencia nacional.

Se ha ejercido una facultad no conferida por la ley; se ha pretendido "liquidar" lo que no es liquidable y se ha sustituido, de hecho, a los jueces de la República;

e) Lo anterior es suficiente para declarar la nulidad de los actos administrativos aparentes demandados y como la acción aunque de restablecimiento, no impetra sino la nulidad de los actos impugnados, con tal declaración se satisfacen las súplicas del libelo demandatorio.

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

Falla:

Declárase la nulidad de los actos contenidos en las providencias de 8 de octubre de 1982 de la Capitanía de Puerto de Buenaventura que condenó a la Flota Mercante Grancolombiana S. A. al pago de perjuicios morales y materiales por el naufragio de la motonave Tania, en cuantía de $ 30.092.234.00 "y $ 2.000.000.00" por agencias en derecho, a favor de José Vicente Forero Correa y Gustavo García Caicedo y de 3 de febrero de 1983 de la Dirección General Marítima y Portuaria que declaró ejecutoriada la anterior y, además, la nulidad de toda la actuación a partir del acto de 15 de junio de 1981 de dicha Capitanía por la cual se admitió la solicitud de liquidación de perjuicios presentada por los señores Forero y García.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jorge Valencia Arango, Carlos Ramírez Arcila, Conjuez.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA. TARIFAS. FIJACION (Nulidad).

El artículo 18, numeral 6º del Decreto 2465 de 10 de septiembre de 1981 y el artículo 10 numeral 3º del Decreto 1174 de 14 de mayo de 1980, otorgan a la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia la facultad de fijar las tarifas por los servicios que preste con la aprobación del Gobierno Nacional.

Decrétase la nulidad de la Resolución 496 que con fecha 10 de agosto de 1984, profirió el Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: Doctor Luis Miguel Quiñones F., Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 149. Actor: Ramiro Araújo Segovia.

La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado procede a decidir en el fondo el asunto en referencia, iniciado por el ciudadano Ramiro Araújo Segovia en ejercicio de la acción pública de nulidad contra la Resolución número 496 que con fecha 10 de agosto de 1984 profirió el Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia, mediante la cual señaló la cantidad de $ 3.800.00 como tarifa por cada metro cúbico (1 m3) por mes, por los servicios de cambucho o arrendamiento de bodegas o espacios para los navieros. En el mismo libelo el accionante impetró la medida cautelar de suspensión provisional del acto atacado.

Reconstrucción procesal:

Como consecuencia de la destrucción del Palacio de Justicia de Bogotá los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y por haber desaparecido el proceso distinguido bajo el número 5007, el actor solicitó la reconstrucción de éste en consonancia con el Decreto legislativo número 3825 de 1985, pedimento que por venir ajustado a la ley fue decretado por el Consejero ponente mediante providencia de 22 de julio de 1986 (fls. 58-59), previo el trámite del caso, habiendo quedado dicho proceso en estado de ser fijado en lista para los efectos del artículo 207-3 del Código Contencioso Administrativo.

El decreto de reconstrucción procesal, entre las disposiciones que adoptó, tuvo como auténticos la demanda de nulidad y la solicitud en suspensión provisional de los efectos del acto acusado, el auto de 9 de julio de 1985 que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional impetrada, lo mismo que el proveído de 12 de octubre de 1985 proferido por la Sala de Decisión y mediante el cual, ante el recurso de súplica interpuesto por Colpuertos, parte impugnadora, se confirmó la medida cautelar extraordinaria (Ver fls. 1 a 28).

En el auto de apertura a pruebas (fl. 94), se decretaron las solicitadas por la parte demandada y las aportadas por ésta en su contestación a la demanda. Tanto la actora como la impugnadora presentaron breves alegatos de conclusión (fls. 130 a 133). Acogiéndose plenamente a cuanto expresó "la Sala tanto en la providencia que decretó la suspensión como en la que resolvió el recurso de súplica interpuesto contra esta última", en su concepto de fondo el Fiscal Primero de la Corporación solicita se declare la nulidad del acto administrativo demandado (Ver fls. 137 a 142).

Consideraciones:

El acto administrativo demandado obra al folio 67 y dispone en su artículo primero: "La tarifa para el servicio de cambucho que presta la Empresa Puertos de Colombia en los terminales marítimos y fluviales será de tres mil ochocientos pesos moneda corriente ($ 3.800.00), metro cúbico por mes". Su artículo final, el 2º, manda que rige a partir de la fecha de su expedición, que lo fue el 10 de agosto de 1984.

Tal acto administrativo quebranta de modo ostensible las siguientes normas, según su acusador: El numeral 6 del artículo 18 del Acuerdo número 857 de 4 de mayo de 1981, proferido por la Junta Directiva de Colpuertos, aprobado mediante el Decreto número 2465 de 10 de septiembre de 1981; el ordinal 3º del artículo 10 del Decreto-ley número 1174 de 14 de mayo de 1980 y el precepto número 20 de la Codificación Constitucional. Las dos primeras disposiciones superiores mencionadas dicen lo siguiente:

Acuerdo número 857 de 1981 de la Junta Directiva de Colpuertos, aprobado por el Decreto número 2465 de 1981: "ARTICULO 18. Funciones de la Junta Directiva Nacional. Son funciones de la Junta Directiva Nacional: (...) 6. Fijar, con aprobación del Gobierno Nacional, las tarifas que deba cobrar la empresa por los servicios que preste".

Decreto-ley número 1174 de 1980. "ARTICULO 10. Son funciones de la Junta Directiva Nacional (Colpuertos): (...) 3º Con aprobación del Gobierno Nacional, fijar las tarifas que deban cobrarse por los servicios que preste la empresa".

Alega el actor que es evidente que la resolución acusada viola las normas superiores que cita, al haber sido proferida por el Gerente de Colpuertos y no por la Junta Directiva con aprobación del Gobierno. Combate la tesis de Colpuertos, según la cual el Gerente puede señalar la tarifa de servicio de cambucho con base en el artículo 80 del Estatuto

Tarifario y además porque "la Junta Directiva Nacional tuvo conocimiento del contenido de esta resolución según consta en el Acta número 210 de 9 de agosto de 1983" (sic), según dice el considerando final de la Resolución 000496 de 10 de agosto de 1984. Al respecto afirma que el artículo 80 del Acuerdo 849 de 1980, de la Junta Directiva de Colpuertos, o Estatuto Tarifario, aprobado por el Decreto 550 de 1981, además de ser violatorio del artículo 10-3º del Decreto-ley 1174 de 1980, fue derogado por el Acuerdo 857 de 1981 de la misma Junta Directiva, aprobado por el Decreto 2465 de septiembre 10 de 1981. En el evento de que se considerare que el artículo 80 del estatuto tarifario no estuviere derogado cuando se expidió la resolución acusada, no se le dé aplicación por contrariar y violar al Decreto-ley 1174 de 1980 en su artículo 10-3º, por excepción de ilegalidad.

El apoderado de la parte impugnadora se opone a las pretensiones del actor y en su alegato de conclusión (fls. 130-131) defiende la legalidad del acto acusado, expresando que este se fundamenta en el artículo 80 del Decreto número 550 de 6 de marzo de 1981.

La Corporación hace suyas, por estar ajustadas a derecho, las siguientes consideraciones del proveído de 9 de julio de 1985, recaído en el expediente 5007 reconstruido y por el cual, además de admitirse la demanda, se decretó la suspensión provisional de los efectos de la resolución demandada:

"...4. Al establecer un paralelo entre el numeral 6 del artículo 18 del Acuerdo número 857 de 4 de mayo de 1981 y la Resolución cuestionada, se observa a primera vista, sin necesidad de acudir a argumentaciones complejas, que tal numeral le asigna a la Junta Directiva de la misma la función de 'fijar, con aprobación del Gobierno Nacional, las tarifas que deba cobrar la empresa por los servicios que preste'. Lo mismo acontece al confrontarlo con el numeral 3 del artículo 10 del Decreto-ley 1174 de 1980, según el cual el señalamiento de las tarifas de los servicios a cargo de la empresa en referencia es atribución de la Junta Directiva de la misma, también con aprobación del Gobierno Nacional.

"5. En consecuencia, como en principio se observa que por medio de la Resolución impugnada el Gerente General de Colpuertos fijó la tarifa para el servicio de cambucho o arrendamiento de bodegas o espacios para los navieros, sin disponer de facultad legal para ello, *prima facie* se infiere que violó de manera manifiesta las disposiciones arriba citadas, lo que determina que se debe acceder a la suspensión provisional pedida. Se agrega que la comparación normativa permite ver que como el Decreto-ley 1174 de 1980, por el cual fue reestructurada la empresa en cuestión, rige desde el 14 de mayo de dicho año, el Estatuto Tarifario y la Resolución acusada no deben apartarse de dicho Decreto-ley, que es básico y anterior a ellos".

Esta parte acabada de transcribir del auto del Consejero ponente fue igualmente involucrada en el auto de la Sala Decisoria que resolvió la súplica propuesta en su oportunidad. Tal proveído de la Sala de Decisión, si se quiere es más enfático aún sobre el particular al expresar:

"1. Resulta palmaria la violación por la Resolución número 496 de 10 de agosto de 1984 dictada por el Gerente General de Colpuertos, que fija la tarifa para el servicio de cambucho o arrendamiento de bodegas o espacio para los navieros, del artículo 18, numeral 6 del Decreto 2465 de 10 de septiembre de 1981 y del artículo 10, numeral 3 del Decreto 1174 de 14 de mayo de 1980, porque estos otorgan a la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia la facultad de fijar las tarifas por los servicios que preste, con la aprobación del Gobierno Nacional.

"Concurre entonces en el presente caso el presupuesto de la transgresión flagrante de una norma superior de derecho contemplado en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y que amerita la medida precautoria examinada.

"2. Mal podría entonces servir de fundamento a la Resolución 496 impugnada el artículo 80 del Decreto 550 de 6 de marzo de 1981 (Estatuto Tarifario), cual lo pregona la parte impugnadora que confiere al Gerente General de la empresa la atribución de fijar 'previo conocimiento de la Junta Directiva las tarifas que no hayan sido contempladas en el presente estatuto', por las siguientes razones:

"El sistema de fijación de tarifas de Colpuertos por sus servicios establecidos por el Decreto-ley 1174 de 14 de mayo de 1980 debe respetarse precisamente por los estatutos que lo desarrollan, cual es el caso del Decreto 550 de 6 de marzo de 1981 dictado en ejercicio de aquél que aprueba el estatuto tarifario contenido en el Acuerdo número 848 de 1980 de la Junta Directiva.

"Entonces lo que constituye una potestad privativa de la Junta Directiva, entratándose de un aspecto vital de la marcha de la empresa frente a los usuarios de sus servicios, cual es la fijación de tarifas, pasaría a ser una atribución compartida con el Gerente General a través de una pretendida delegación de funciones".

Para la Corporación es harto claro y por ende acoge plenamente cuanto se expresó tanto en la providencia que decretó la suspensión provisoria del acto acusado, como en el proveído que la confirmó al resolver la impugnación suplicatoria, arriba transcritos en parte.

De suerte que no es menester apelar a la excepción de ilegalidad del Decreto 550 de 1981, en su artículo 80, como sustitutivamente lo propone la actora. Para esto ha de tenerse presente, además de lo dicho en las providencias antes incorporadas, que la ley material (Decreto extraordinario número 1174 de 1980) ha de primar y prima obviamente sobre el Decreto 550 de 1981, por ser aquella de superior imperio en la escala piramidal kelseniana de categorías jurídicas y éste apenas un simple decreto ejecutivo. Además el Decreto 857 de 1981, también ejecutivo meramente, es posterior al 550 de 1981.

De igual modo ha de anotarse el clarísimo yerro o impropiedad en que incurre la resolución acusada cuando en su postrer considerando expresa "que la Junta Directiva Nacional tuvo conocimiento del contenido de esta resolución según consta en el *Acta número 210 de 9 de agosto de 1983*", cuando la copia del Acta que a pedido del

Consejero conductor del proceso hubo de aportar la parte impugnadora es de fecha 9 de agosto de 1984 (Ver fls. 100 a 126).

Así, pues, el acto administrativo materia de este proceso no solamente viola el Acuerdo 857 de 1981 aprobado por el Decreto 2465 de 1981 y el Decreto-ley 1174 de 1980, sino el precepto número 20 de la Constitución Política, al responsabilizar a los funcionarios públicos por la infracción de la Carta Suprema y de las leyes y por la extralimitación de sus funciones, como ocurre en el caso en cuestionamiento con el Gerente General de Colpuertos.

Las consideraciones precedentes mueven al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, para que a través de su Sección Primera, en consonancia con el Fiscal Primero de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Primero. Declarar la nulidad de la Resolución número cuatrocientos noventa y seis (496) que con fecha diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) profirió el Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia.

Segundo. En firme esta providencia, por Secretaría envíese copia de la misma a la Gerencia General de Colpuertos y al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIAS (NULIDAD). Los actos de refrendación, de erogaciones y de órdenes de suministro o trabajo y el giro de cheques realizados por estas en otra entidad, son nulos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 473. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 10 de septiembre de 1986 pronunciada por el Tribunal Administrativo del Quindío y a través de la cual negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

Antecedentes:

Ante el Tribunal mencionado, el señor José Jesús Laverde Ospina demandó en acción pública de nulidad las siguientes normas de la Resolución número 25 de 13 de mayo de 1986 expedida por el Contralor General del mismo departamento y "por la cual se adopta un sistema de control fiscal centralizado para la Caja de Previsión Social del Quindío, y se dictan otras medidas".

"Artículo 4º Toda erogación con cargo al tesoro de la Caja de Previsión Social del Quindío, ya sea de fondos comunes, fondos pensionados, fondo cesantías, o cualquier otro fondo de destinación especial o caja menor, deberá ser previamente refrendado por la auditoría de colegios y entidades.

"Parágrafo 1º Las órdenes de suministro, de trabajo y/o de publicidad, deberán ser previamente refrendados por la auditoría de colegios y entidades.

"Parágrafo 2º .....

"Artículo 5º Para garantizar un eficiente ejercicio del control fiscal sobre los diversos fondos, se restablece la firma del Auditor en los cheques girados por la entidad.

"Artículo 6º Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo anterior, el Auditor de colegios y entidades de Armenia, firmará con-

juntamente con los funcionarios designados por la Caja de Previsión, todos los cheques que deban girarse para la buena marcha de la entidad.

"Artículo 7º Para la firma de cualquier cheque deberá verificarse en el libro de bancos respectivo la disponibilidad a efecto de que no se gire sobre saldos inexistentes o en exceso de saldos disponibles".

Igualmente demandó el actor, en la misma acción, el Oficio número 967 de mayo 14 de 1986, dirigido por el Contralor al Banco de Occidente - Sucursal de Armenia, en el cual aquél dijo:

"Me permito comunicarles que el señor Rubén Darío García Rodríguez, Auditor de la Contraloría General del Departamento ante entidades y colegios, quien actuará como tercer girador, está autorizado por este Despacho para llevar a cabo el registro de su firma en la cuenta corriente número 031-01672-8 'Fondos Comunes - Caprequindío', y girar sobre ella.

"Lo anterior, dando cumplimiento a la Resolución reglamentaria número 025 de mayo 13 de 1986, emanada de esta Contraloría".

Conjuntamente con la demanda, el actor solicitó suspensión provisional de las disposiciones acusadas, petición que fue negada por el Tribunal al tiempo de aceptar aquella, y cuya negativa fue objeto de apelación por el demandante, recurso que desató la Sala del Consejo de Estado por providencia de 13 de noviembre de 1986, mediante la cual dispuso la suspensión provisional impetrada por el señor Laverde Ospina.

Adelantado el proceso durante la primera instancia mientras se tramitaba la petición de suspensión provisional, y como quiera que al tiempo de dictar el fallo aún no había sido comunicada la providencia de segunda instancia sobre suspensión provisional, el *a quo* procedió a sentenciar el caso, negando las súplicas de la demanda.

Durante esta segunda instancia, el señor Agente del Ministerio Público ha solicitado sea declarada nulidad del proceso y más exactamente desde la sentencia recurrida, por las razones que adelante se señalan.

Consideraciones:

Dice el señor Fiscal "que la actuación surtida ante el Tribunal Administrativo del Quindío, con posterioridad a los alegatos de conclusión, se halla viciada de nulidad por haberse pretermitido una instancia (art. 152 numeral 3º del C. de P. C.), al haberse procedido a fallar el negocio sin conocer el resultado del recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la suspensión provisional". Y fundamenta en lo esencial la petición de nulidad, así:

"Es cierto que la apelación del auto que niega la suspensión provisional debe concederse, como en efecto se hizo, en el efecto diferido (art. 155 inciso 3º, C. C. A.), pero ello no significa que el *a quo* pueda extender su actuación hasta el fallo dejando de lado lo que pueda contener la providencia del *ad quem*; creemos que esta es

la forma lógica en que se debe proceder, en primer término, porque la obligación del superior es fallar de plano la apelación del auto que negó la suspensión provisional (art. 155 inciso 4º, C. C. A.), lo cual garantiza una cierta celeridad en la decisión y, en segundo término, porque aceptar que está correcto lo que hizo el *a quo* es exponerse a que en la práctica puedan llegar a encontrarse vigentes dos providencias contradictorias como sería el caso en que el *ad quem* resuelva suspender el acto por ser de bulto ilegal y, sin saberlo, el *a quo* en el fallo considere que no deben prosperar las pretensiones de la demanda, en donde nos enfrentaríamos a la inquietud: ¿está o no el acto vigente?".

El anterior e inteligente planteamiento le merece a la Sala las siguientes consideraciones para resolver previamente si existe o no la causal de nulidad invocada:

a) El instituto preventivo de la suspensión provisional no tiene por objeto pronunciamiento sobre la validez o ilegalidad del acto administrativo de que se trate, sino que se refiere a la simple suspensión de los efectos del mismo cuando quiera que se den los presupuestos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, lo cual conduce a deducir que no puede haber contradicción lógica entre la providencia que resuelva sobre ella y la sentencia que se pronuncie como conclusión del proceso, ya que esta sí se refiere a la validez intrínseca del acto acusado para declarar su legalidad o contrariedad con la norma de superior jerarquía. Porque si bien es cierto que en el momento de decidir sobre la suspensión, se ha confrontado un texto con el otro para saber si el de inferior categoría contradice a primera vista al de superior rango, en ese momento es preciso hacer abstracción de consideraciones que posteriormente, durante el plenario, han de conducir a la declaratoria de legalidad o a la anulación de la norma atacada porque su naturaleza contradice el ordenamiento superior;

b) Las dos instituciones, desde el punto de vista de su tramitación, son paralelas y esa es la razón para que sin perjuicio de adelantar el procedimiento relativo a la segunda instancia en la suspensión provisional, el juez de la primera esté investido de la competencia para continuar el proceso de nulidad, como dispone el artículo 155 del Código Contencioso Administrativo. Nótese que esta norma no impide ni prohíbe que el negocio concluya con la sentencia a que haya lugar, según el criterio del *a quo*, que no otra cosa significa la expresión "este recurso no suspenderá la tramitación del proceso ante el inferior", porque proceso hay hasta la definición total y el pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda;

c) En el procedimiento contencioso administrativo, la tramitación del efecto diferido en relación con el auto que decide sobre la suspensión provisional, es distinta en parte a la que consagra el artículo 354-2 del Código de Procedimiento Civil, porque en esta última disposición, lo que ocurre es que el curso del proceso puede llegar a suspenderse en cuanto las decisiones proyectadas dependan de la suerte de la providencia materia del recurso de alzada. En cambio, en el proceso contencioso administrativo y precisamente por ser paralelas las tramitaciones, jamás la decisión de fondo, la sentencia, estará depen-

diendo de la providencia que resuelva definitivamente sobre la suspensión provisional. Tan cierto es esto, que el fallo puede apartarse diametralmente de lo decidido en el auto o autos que conceden o niegan la suspensión. Puede ocurrir que haya coincidencia entre una (la sentencia) y otro (el auto), porque al final del proceso y agotadas todas las etapas preclusivas del mismo, la conclusión del fallador sea idéntica a la adoptada cuando se admitió la demanda y se resolvió sobre la solicitud de suspensión. Pero el fenómeno no es más que eso: Coincidencia de apreciación, mas en manera alguna sujeción de lo resuelto en definitiva a lo resuelto de manera provisional al comenzar el proceso;

d) En consecuencia, si no puede existir contradicción lógica entre lo resuelto sobre suspensión provisional y el fallo; si el contenido de la sentencia no está condicionado por el contenido del auto de suspensión; si los dos procedimientos son paralelos; y si el juez de primera instancia tiene competencia para adelantar el proceso sin que la ley le imponga limitación alguna, no existe la causal de nulidad invocada por el señor Fiscal, fundada en el numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, ya que, según lo visto, el Tribunal Administrativo en casos como el examinado, al tiempo de fallar, puede proceder "contra providencia ejecutoriada del superior". Lo contrario sería afirmar que decida la apelación sobre el auto que resuelva sobre la suspensión provisional, el juez de primera instancia no tendría camino distinto a fallar en igual sentido, cualesquiera pues en las circunstancias, pruebas y exámenes cumplidos durante el proceso, desde cuando se admitió la demanda hasta cuando concluyeron los trámites del caso. Sobraría todo el procedimiento contencioso. Por tanto, no se decretará la nulidad impetrada.

Examinada así la primera cuestión, es del caso decidir en el fondo, para lo cual la Sala manifiesta en este estado del proceso su conformidad por las apreciaciones y conclusiones consignadas en su auto de noviembre 13 de 1986, adhiere a ellas y las transcribe en lo pertinente:

"En multitud de decisiones se ha pronunciado esta Corporación acerca de la naturaleza y limitaciones del control fiscal, cuyo antiguo origen legal y constitucional tendría que haber dado un margen suficientemente amplio para su cabal comprensión.

"Mas como lo que aquí se ventila es si se ha acertado, o no, en la denegación de la medida provisoria, se deben eludir la profundidad en el análisis y las disgresiones en torno de los hechos, conforme a otra reiterada jurisprudencia, y limitar el estudio de los actos atacados y de las normas violadas a la 'sencilla comparación' que prescribe el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

"Pues bien, si el texto del artículo 17 de la Ley 3ª de 1986 es claro en cuanto a que la intervención 'en la formación y elaboración de los actos que corresponde expedir a otras autoridades departamentales' está vedada a las Contralorías, por tratarse de funciones típicamente administrativas, y es notorio para la Sala que la 'refrendación' de erogaciones y órdenes de suministro, trabajo o publicidad y el giro de cheques son actos administrativos, percíbese a primera vista, que la Resolución acusada al disponer que sean funcionarios de la Contra-

loría Departamental quienes los realicen o ejecuten, en una entidad diferente de la propia Contraloría, dista de haberse limitado a proveer sobre simples operaciones de control previo o perceptivo, para ordenar una intervención directa y prácticamente discrecional que se concreta a la 'formación y elaboración' de tales actos, de donde surge la manifiesta violación de los preceptos señalados por el actor: Repetidamente ha explicado el Consejo de Estado que la función de una Contraloría es ejercer la vigilancia fiscal; y que en razón de ella puede incluso vetar la celebración de negocios jurídicos que estime ilegales, v. gr., por carecer la entidad vigilada de la partida presupuestal necesaria; pero que en forma alguna pueda convertirse la Contraloría en dependencia pagadora de la vigilancia ni en coautora (así sea con el nombre de 'refrendadora') de los negocios jurídicos de la entidad fiscalizadora".

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. No se accede a decretar la nulidad solicitada por el señor Agente del Ministerio Público.

Segundo. Revócase la sentencia de primera instancia proferida el diez (10) de septiembre de 1986 por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, declárase la nulidad de los artículos 4º inciso primero parágrafo 1º, 5º, 6º y 7º de la Resolución número 25 de 1986 (mayo 13) expedida por el Contralor General del Quindío.

Cuarto. Es nulo el Oficio número 967 de 1986 (mayo 14) suscrito por el mismo funcionario departamental.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.

Intervendrá por mandato de la ley (art. 32 de la C. N.) SERVICIOS PUBLICOS. A partir de la enmienda constitucional de 1936 en nuestro estatuto fundamental empezó a hacerse una clara referencia a la materia de los servicios públicos, cuando se atribuyó al legislador competencia para ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de tales servicios (art. 15 del Acto legislativo número 1 de 1936, art. 39 de la actual codificación). JUNTA NACIONAL DE TARIFAS Y SERVICIOS PUBLICOS. Fue creada por el Decreto-ley 3069 de 1968, artículo 1º. Función (Decreto-ley 149 de 1976). TARIFAS DE SERVICIOS PUBLICOS EN EL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA (art. 52 del Decreto-ley 3133 de 1968). Fijación y reajuste. TARIFAS DE SERVICIOS PUBLICOS. DETERMINACION Y FIJACION. La Junta Nacional de Tarifas de Servicios no tiene propiamente la facultad para la determinación o fijación de las tarifas, puesto que ESA FUNCION CUMPLEN LAS EMPRESAS U ORGANISMOS CORRESPONDIENTES CON SUJECION A SUS ESTATUTOS REGLAMENTARIOS. La Junta Nacional simplemente estudia las tarifas propuestas y les imparte aprobación antes de que entren a regir, o formula las observaciones del caso cuando no las encuentre acordes con las disposiciones legales pues la función específica de esa Junta, fuera de impartir aprobación a las tarifas, a términos de los Decreto 3069 de 1968 y 149 de 1976 tantas veces citados, es la de inspeccionar, controlar vigilar y señalar las violaciones de las normas legales que se presenten, sobre la materia en la prestación de los servicios por parte de las respectivas empresas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 446. Autoridades Nacionales. Actor: Alejandro Cruz Guarín.

Obrando en su propio nombre, el doctor Alejandro Cruz Guarín en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y con previa citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público y de la Jefe del Departamento Nacional

de Planeación y Presidente de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, solicitó se hicieran las siguientes o similares declaraciones:

1º "Declarar la nulidad de la Resolución número 050 de julio 14 de 1983, emanada de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, 'por la cual se modifican las tarifas de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado que presta la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá'.

2º "Declarar así mismo, la nulidad de la Resolución número 031 de junio 26 de 1984, expedida por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, 'por la cual se aprueba la *solicitud* presentada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para prorrogar la vigencia de los incrementos mensuales que se aplican a las tarifas del servicio de acueducto y alcantarillado'.

3º "Declarar igualmente, la nulidad de la Resolución 047 de mayo 8 de 1986, de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, por la cual se adiciona la Resolución 050 de 1983 y 031 de 1984, de la misma Junta.

4º "Se sirva disponer que la ejecución de la sentencia se cumpla de conformidad con lo preceptuado por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo".

Subsidiariamente pide con respecto a la primera pretensión, que se decrete la nulidad del artículo 1º de la Resolución 050 de julio 14 de 1983; con relación a la segunda petición, se declare la nulidad del artículo 1º de la Resolución 031 de junio 26 de 1984; y en cuanto a la tercera petición principal, que se declare la nulidad del artículo nuevo que se introduce como artículo 13 de la Resolución 050 en el artículo 1º de la Resolución 047 de 1986, así como la nulidad del artículo 2º de la citada Resolución 047 de mayo 8 de 1986 que autoriza a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para aplicar incrementos mensuales del 2,2% en las tarifas de acueducto y alcantarillado.

Se dice en los hechos de la demanda que la Constitución Nacional prevé en su artículo 39 que la revisión de las tarifas de los servicios públicos, opera a través de la ley, adscribiéndosele por ende esa competencia de revisión al Congreso. Que éste en desarrollo del artículo 76-12 de la Carta delegó en el Ejecutivo por las Leyes 65 de 1967 y 28 de 1974, precisas facultades con base en las cuales se creó la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos adscribiéndole las funciones de Contralor y fiscalizar las tarifas de agua y alcantarillado, Decreto 3069 de 1968, y la de fijación de las mismas conforme el literal i) del artículo 2º del Decreto 149 de 1976. Que la facultad de revisión no puede delegarse en forma indefinida sino *pro tempore* y en el caso presente su ejercicio por la Junta es indefinido y permanente. Que los actos acusados conllevan una situación de revisión de las tarifas de acueducto y alcantarillado de Bogotá, y que el artículo 52 del Decreto 3133 de 1968 prevé que esta revisión o reajuste debe previamente decretarse con la aprobación de ese acto por la Junta Directiva de la empresa y voto favorable del Alcalde, surtido lo cual irá la Resolución a la revisión o aprobación del organismo nacional, pero que, sin em-

bargo, acá se procedió a la inversa expidiéndose primero el acto por el organismo nacional sobre la revisión o aprobación de un reajuste aún no decretado por la empresa.

Como disposiciones violadas por los actos acusados se indican en la demanda las siguientes: Artículos 39 y 72, numeral 12 de la Constitución Nacional artículos 52 del Decreto 3133 de 1968; 1º, 3º y 5º del Decreto 3069 de 1968, y el inciso primero y literal i) del artículo 2º del Decreto-ley 149 de 1976 con relación a los cuales se expresa el concepto de la violación.

Por medio de auto del 27 de octubre de 1986 se admitió la demanda y se ordenó el trámite que en ley le correspondía. En la misma providencia se negó la suspensión provisional de los actos acusados que de modo expreso se había solicitado en el libelo. Tanto la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá como el Departamento Nacional de Planeación se constituyeron como parte opositoras en el proceso por conducto de apoderado y alegaron de conclusión al descorrer los traslados que al efecto se les hizo. Por su parte, el señor Fiscal Primero del Consejo emitió su concepto de fondo pidiendo a la Sala despachar desfavorablemente las pretensiones del libelo.

Consideraciones de la Sala:

Por medio de la Resolución número 050 de julio 14 de 1983, la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos aprobó a solicitud de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, las tarifas máximas para el cobro mensual del servicio público de acueducto y alcantarillado. Mediante la Resolución número 031 de 26 de junio de 1984, la misma Junta aprobó a solicitud también de la empresa, la prórroga de la vigencia de los incrementos mensuales del 1.5% a partir de la facturación correspondiente al mes de julio de 1984, resultante de la Resolución 050 y 065 del 14 de julio y 18 de noviembre de 1983. Y por medio de la Resolución número 047 de mayo 8 de 1986 igualmente de la Junta Nacional de Tarifas, se adicionó la Resolución número 050 antes citada y se modificó la número 031 del 26 de junio de 1984.

Los actos mencionados a juicio del actor, son violatorios del inciso 4º del artículo 39 de la Constitución Nacional que establece que la modificación, variación o reajuste de los servicios públicos en general, opera o se materializa a través de la ley y no de un acto administrativo, lo que quiere decir, que es al Congreso a quien se adscribe esa competencia. Del artículo 76, numeral 12 de la Carta, por cuanto, dice, la facultad de revisión puede delegarla el Congreso en el Ejecutivo, en el Presidente, mas no en una Junta y por tiempo definido *"pro tempore"*, no en forma indefinida o permanente; "los Decretos-leyes 3069 de 1968 y 149 de 1976 adscriben a la Junta Nacional de Tarifas facultades *permanentes*". Del artículo 52 del Decreto 3133 de 1968 que prevé que para la fijación o reajuste de tarifas de servicios que presten las empresas descentralizadas del Distrito requieren para su validez, la aprobación de la Junta Directiva de la respectiva empresa, con el voto favorable del Alcalde y la revisión o aprobación por parte de los organismos nacionales competentes y, en el caso de autos, se procedió a la inversa pues "primero se profirió el acto del organismo

nacional, sobre un acto de *reajuste* no proferido por la empresa, es decir, inexistente". Del artículo 1º del Decreto 3069 de 1968 y 2º, literal i) del Decreto 149 de 1976 que, en su orden, crean la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos con facultades de control y fiscalización de los mismos, y la fijación de las tarifas de agua, energía eléctrica, alcantarillado, etc. En los dos decretos, anota, no se habla o adscribe a la Junta Nacional la facultad de *revisión* de tarifas y por tanto esta función corresponde a la empresa de servicios, no a la Junta Nacional de Tarifas.

De los alegatos de conclusión presentados vale la pena destacar el del señor apoderado del Departamento Nacional de Planeación, quien para sustentar la juridicidad de los actos acusados analiza aspectos relacionados con la regulación constitucional en materia de tarifas de servicios públicos, la competencia de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y la competencia de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá en lo relativo a tarifas de servicios. En cuanto al primer aspecto, sostiene que la intervención estatal no se hacía "por medio de leyes", sino "por mandato de la ley", esto es, por disposición del Congreso como ya lo había establecido el constituyente al tratar la injerencia del Estado en el régimen tarifario y reglamentario de transporte y de los servicios públicos (art. 39). Por ello, anota, no se puede sostener que es el Congreso el órgano para efectuar los actos de intervención y no una autoridad administrativa, pues lo que se atribuye al Congreso es impartir la orden de intervenir y no la intervención misma; y al ejercer sus funciones la Junta Nacional de Tarifas no hace otra cosa que obedecer la orden del legislador que le ha confiado la tarea de intervenir en materia de servicios públicos, como efectivamente lo hizo al expedir los actos acusados.

Analiza el señor apoderado el segundo aspecto expresando que en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 65 de 1967 se dictó el Decreto 3069 de 1968 creándose la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos; y en plena armonía con la Carta se le atribuyeron como funciones principales las de controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios de acueducto y alcantarillado, y en desarrollo de ellas la de aprobar todo reajuste que las respectivas empresas decidieran hacer a las tarifas vigentes. Esa competencia, añade, fue ampliada y variada por el Decreto 149 de 1976 a otros servicios como recolección de basuras, teléfonos urbanos, larga distancia, etc., y habilitó a la Junta para disponer mediante resolución la fijación de las tarifas correspondientes (art. 1º) o la aprobación de las que sometan a consideración las respectivas empresas; en esta forma el legislador extraordinario ordenó la intervención de que trata el artículo 39 de la Constitución, y la Junta sin perjuicio de las actuaciones oficiosas en materia de fijación o modificación de tarifas, estudia para su aprobación las solicitudes que al respecto le sometan las empresas como ocurrió en el caso de las resoluciones acusadas.

Por último al abordar el tercer aspecto, el señor apoderado del Departamento de Planeación expresa que el Decreto 3133 de 1968 efectivamente sometió la fijación de las tarifas de servicios públicos que prestan las empresas del Distrito Especial de Bogotá a la aproba-

ción de sus Juntas Directivas y a la revisión o aprobación de los organismos nacionales competentes; pero que no es menos evidente que a partir de la vigencia del Decreto 149 de 1976, las empresas que prestan servicios públicos carecen de capacidad para fijar el régimen tarifario, pues esa competencia está expresamente atribuida a la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, quedándoles solamente la posibilidad de elevar las respectivas solicitudes de fijación o modificación, como se procedió en el caso presente.

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo expresa que en los términos en que se planteó constitucionalmente desde la enmienda de 1936 la injerencia del Estado en materia de servicios públicos (arts. 32 y 39) se le otorgó competencia a la ley para que ésta ordenara la revisión y fiscalización de las tarifas de ellos, lo que indica que desde el punto de vista práctico no es al órgano legislativo a quien compete directamente revisar y fiscalizar, sino que puede ordenar quien y bajo qué condiciones se ocupa de tales funciones. Manifiesta que el legislador extraordinario en uso de expresas y precisas facultades otorgadas para el efecto por el Congreso (Ley 65 de 1967 y Ley 28 de 1974) expidió los Decretos 3069 de 1968 y 149 de 1976 mediante los cuales se atribuye a la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos la misión de controlar y dictar las medidas concretas en relación con las tarifas que las empresas que prestan los servicios de acueducto, alcantarillado, etc., pueden cobrar a sus usuarios. Comparte el señor Fiscal los puntos de vista del señor apoderado del Departamento Nacional de Planeación en cuanto a que la competencia que el constituyente atribuye al Congreso es la de impartir la orden de intervenir pero no la intervención misma; y esa orden de intervención se le impartió a través de la delegación a una dependencia del Estado creada para el efecto que es la Junta Nacional de Tarifas. Considera igualmente absurdo el señor Fiscal pretender que las facultades que se atribuyeron a la Junta son ejercicio de unas facultades temporales que, por dicha concesión se convirtieron en permanentes "pues no es en el fondo el traslado de unas facultades que solamente le permitieron al Presidente expedir leyes en determinadas materias temporalmente, sino que es la viabilidad para adelantar una intervención que constitucionalmente le fue atribuida a la ley". Finalmente dice el colaborador Fiscal: "Este Despacho igualmente considera que el Decreto-ley 149 de 1976, por ser norma posterior y de igual jerarquía, derogó en lo atinente lo que en materia de aprobación de tarifas de servicios públicos, dispuso el estatuto de Bogotá D. E. (Decreto 3133 de 1968) por lo que se descarta cualquier tipo de violación al último estatuto citado".

Planteados así los distintos puntos de vista en el proceso la Sala pasa a consignar su parecer sobre el particular:

Ciertamente como lo han expresado tanto el señor apoderado del Departamento Nacional de Planeación como el señor Fiscal, a partir de la enmienda constitucional de 1936 en nuestro estatuto fundamental empezó a hacerse una clara referencia a la materia de los servicios públicos, cuando se atribuyó al legislador competencia para ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de tales servicios (art. 15, Acto legislativo número 1 de 1936, art. 39 de la actual codificación), referencia que fue luego ampliada y precisada en el artículo

6º del Acto legislativo número 1 de 1968, cuando el constituyente dispuso que el Estado "intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados (se subraya) para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral" (art. 32 de la Carta).

Con fundamento en la precitada constitucional citada, que nítidamente contiene la orden de intervenir y no la intervención misma como lo anotó el señor apoderado del Departamento Nacional de Planeación, el Decreto-ley 3069 de 1968 en su artículo primero creó la Junta Nacional de Tarifas y Servicios Públicos que tiene como función específica velar por el cumplimiento de las disposiciones que estén encaminadas a regular las tarifas de los distintos servicios públicos. Y según lo dispuso en su artículo 5º la Junta en mención debe aprobar previamente tanto las tarifas que se hubieren fijado como los reajustes decretados, requisito sin el cual las tarifas o los reajustes no pueden entrar en vigencia.

Así mismo, el Decreto-ley 149 de 1976 dispuso en el ordinal 1) de su artículo 2º lo siguiente:

"El establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación por medio de resolución, de los precios de los bienes y servicios sometidos a control corresponde a las siguientes entidades:

"1) A la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, las tarifas de agua, energía eléctrica, alcantarillado, recolección domiciliaria de basuras, teléfonos urbanos, larga distancia, telégrafos y correos".

Por manera que a la aprobación de la Junta Nacional de Tarifas están sometidos no solamente los reajustes que se dispongan por las diferentes empresas, sino la misma fijación inicial que se haga de las tarifas que cualquiera empresa u organismo establezca para los servicios que preste. Naturalmente que la fijación inicial de las tarifas corresponde a la respectiva empresa debiendo estudiarlas la Junta Nacional siguiendo los criterios señalados en el artículo 3º del Decreto 3069 de 1968 para impartirles su aprobación, si las encuentra conformes con dicho reglamento, pues de lo contrario deberá devolverlas al organismo de origen con las correspondientes observaciones, con miras a que sean subsanadas. Hecho esto deben volver las tarifas a la Junta para obtener su aprobación definitiva, sin la cual no pueden ponerse en vigencia.

Ahora bien, en lo que hace al Distrito Especial de Bogotá y en lo que a tarifas de servicios públicos se refiere, el artículo 52 del Decreto-ley 3133 de 1968, "por el cual se reforma la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá", prescribió:

"La fijación o reajuste de tarifas de los servicios que presten las empresas descentralizadas del distrito solamente requerirán para su validez y vigencia, la aprobación de la Junta Directiva de la respectiva empresa, con el voto favorable del Alcalde, y la revisión o aprobación cuando se requiera, por parte de los organismos nacionales competentes".

Es decir, para la fijación de las tarifas de servicios públicos que presten las empresas distritales descentralizadas, sólo se requiere la aprobación de la Junta Directiva correspondiente, con el voto favorable del señor Alcalde; pero de todas maneras deben someterse a la revisión o aprobación por parte del organismo nacional competente, que en el caso que nos ocupa viene a ser la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos creada por el artículo 1º del Decreto-ely 3069 de 1968. Además, ese control, esa revisión, fue ratificada y específicamente dispuesta por el literal i) del artículo 2º del Decreto-ley 149 de 1976.

No sobra observar igualmente, que conforme al dispositivo legal que aquí se ha invocado, la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos no tiene propiamente la facultad para la determinación o fijación de las tarifas, puesto que esa función la cumplen las empresas u organismos correspondientes con sujeción a sus estatutos reglamentarios. La Junta Nacional simplemente estudia las tarifas propuestas y les imparte su aprobación antes de que entren a regir, o formula las observaciones del caso cuando no las encuentre acorde con las disposiciones legales, pues la función específica de esa Junta, fuera de impartir aprobación a las tarifas, a términos de los Decretos 3069 de 1968 y 149 de 1976 tantas veces citados, es la de inspeccionar, controlar, vigilar y señalar las violaciones de las normas legales que se presenten sobre la materia en la prestación de los servicios por parte de las respectivas empresas, interviniendo para que dichas disposiciones se cumplan a cabalidad, y buscando siempre que las tarifas por ella aprobadas sean las que realmente se cobren al usuario.

En el caso de autos el examen pormenorizado de los actos acusados, esto es, de las Resoluciones números 050 de julio 14 de 1983, 031 de 26 de junio de 1984 y 047 de 8 de mayo de 1986, expedidas por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y por medio de las cuales, en su orden, se modifican las tarifas de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado que presta la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, se aprueba la solicitud presentada por la misma empresa para prorrogar la vigencia de los incrementos mensuales que se aplican a las tarifas de los servicios de acueducto y alcantarillado, y se adiciona la Resolución 050 y modifica la 031 de 1984 antes referidas, permite llegar a la conclusión, conforme a las ideas que aquí se han expresado, de que ellas fueron expedidas con sujeción estricta a la ley sin que se aprecien en tales actos las violaciones que se les endilgan en la demanda. Las tarifas propuestas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, así como la prórroga de su vigencia de los incrementos mensuales del 1.5%, fueron aprobados luego de ser sometidas por la empresa en mención a consideración de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, careciendo en consecuencia como claramente se aprecia en los actos cuestionados, de todo fundamento las afirmaciones del demandante en el sentido de que primero se profirió el acto del organismo nacional sobre un acto de reajuste no proferido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, es decir inexistente, para colegir de allí en forma errónea la violación del artículo 52 del Decreto-ley 3133 de 1968. Y también carece de fundamento aquella otra afirmación de que en los Decretos 3069 de 1958 y 149 de 1976, no se adscribió a la Junta Nacional de

Tarifas la facultad de revisión de las mismas, cuando de la simple lectura de esos ordenamientos se deduce nítidamente lo contrario, lo que pone en evidencia la sinrazón de esa aseveración.

La Sala cree suficientes las anteriores consideraciones para concluir que las pretensiones de la demanda no pueden prosperar, tal como lo solicita el señor Fiscal colaborador.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 11 de septiembre de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

JUNTA MONETARIA. COMPETENCIAS EN EL SECTOR FINANCIERO (Nulidad).

1. Actúa por delegación del Congreso. Las facultades discrecionales otorgadas por delegación, tienen POR LIMITES las normas que las otorgan, los fines para los cuales se confieren, pero desde luego, las disposiciones especiales del propio órgano delegante. MONEDA: IUS MONETANDI. Pertenece al legislador por disposición del numeral 15 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

2. Normas delegantes: Ley 21 de 1963 y Ley 7ª de 1973.

3. Funciones: Decreto 2206 de 1963 y Ley 7ª de 1973.

4. ENTIDADES QUE INTERVIENEN EN EL SECTOR FINANCIERO.

5. CUPOS DE CREDITO Y "TITULOS DE CAPITALIZACION FINANCIERA".

LEY DE FOMENTO AGROPECUARIO.

Ambito de la Ley 5ª de 1973 frente a las facultades legales de la JUNTA MONETARIA y las medidas para conjurar la crisis del sector financiero.

Declárase la nulidad del artículo 30 de la Resolución 84 del 20 de noviembre de 1985, expedida por la Junta Monetaria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1150. Actor: Sociedad de Agricultores de Colombia "SAC". Autoridades Nacionales. Fallo.

La Sociedad Agricultores de Colombia "SAC", mediante apoderado judicial, demandó por la vía de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, la nulidad del artículo 30 de la Resolución 84 del 20 de noviembre de 1985, expedida por la Junta Monetaria.

El artículo acusado forma parte del reglamento y copilación de normas que sobre capitalización y democratización del sistema finan-

ciero venía dictando la Junta Monetaria desde la Resolución 42 de 1983, que creó el Fondo con 10.000 millones de pesos para tales fines.

El programa tendía a buscar la recuperación del sector financiero, afectado por la llamada crisis de 1982; buscaba la recapitalización de las entidades financieras dentro de un marco de democratización accionaria. La Junta Monetaria, como parte de los mecanismos adecuados a tal propósito, abrió una línea de crédito para adquirir nuevas emisiones de acciones o bonos convertibles en ellos, efectuados por bancos, corporaciones financieras y compañías de financiamiento comercial, siendo redescontables en el Banco de la República y autorizó a éste, la emisión de Títulos de Capitalización Financiera, negociables entre establecimientos bancarios, todos ellos utilizables dentro de condiciones y parámetros fijados por la misma Junta.

Con relación al otorgamiento de tales préstamos, así como la inversión en dichos títulos, la Junta estableció que no se computarían dentro de la base para calcular la inversión obligatoria en títulos de fomento agropecuario, creados por la Ley 5ª de 1973 y, para ello dispuso en el artículo 30, que es el objeto de la acusación, lo siguiente:

> "Los préstamos que otorguen los establecimientos bancarios en desarrollo de lo dispuesto en esta resolución, lo mismo que las inversiones en los 'Títulos de Capitalización Financiera', estarán excluidos de la base para computar la inversión obligatoria de dichos establecimientos en Títulos de Fomento Agropecuario Clase 'A' de que trata la Ley 5ª de 1973".

El actor considera que no obstante las amplísimas facultades para desarrollar políticas monetarias, la Junta extralimitó sus funciones, adoptó el papel de legislador y violó varios artículos de la Ley 5ª de 1973 (los números 1, 2, 3, 5, 6 y 11), así como los correspondientes de su Decreto reglamentario 1562 de 1973 (números 2, 3, 6 y 8) y los 11 y 13 de su propia Resolución número 53 del 19 de septiembre de 1973.

En esencia considera el actor, y en eso resumió la solicitud de suspensión provisional que no fue decretada por el Despacho al aceptar la demanda, que la Ley 5ª está integrada por una serie de normas cuya finalidad es la de fomentar el sector agropecuario y la norma acusada los hace nugatorios y, por haberse arrogado la Junta facultades legislativas dejando sin efecto los objetivos de la Ley 5ª y contradiciendo sus propias Resoluciones (la número 53 de 1973), sin haberla derogado.

En defensa de la norma acusada, el señor apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, manifiesta que las facultades dadas por el artículo 11 de la Ley 5ª de 1973, a la Junta Monetaria para definir qué se entiende por "colocaciones" no se agotaron con la expedición de la Resolución 53 de 1973, en la cual por primera vez preceptuó que tal concepto incluía "toda operación de contenido crediticio que efectúen los establecimientos de crédito con recursos internos". Recuerda cómo a partir de la Resolución 79 de 1976, pasando por la número 84 de 1985, la Junta Monetaria ha venido modificando periódicamente la definición de "colocaciones", incluyendo o exclu-

yendo renglones del balance cuando considera que deben o no formar parte de la base para el cálculo de inversiones. Arguye que si bien el vocablo "colocaciones" tiene un conocido significado en el lenguage bancario, la circunstancia de que la misma Ley 5ª del 73 en su artículo 11 le hubiera facultado para adoptar una definición, implica que tal concepto no puede tener igual significación y alcance, entratándose de la inversión en títulos de fomento agropecuario y teniendo, por otra parte, la Junta atribución legal para regular estas materias, como organismo técnico y especializado que es, era apenas lógico que en la medida en que las circunstancias fueron cambiando, la Junta se vio obligada a modificar, en igual forma, la definición para ajustarla a los nuevos fenómenos que se iban presentando.

Por ello critica el concepto del demandante en cuanto a agotamiento de sus facultades por el hecho de haber consagrado en una Resolución un concepto que luego varió, pues considera que la competencia asignada a la Junta Monetaria por el artículo 11 de la Ley 5ª del 73, para definir concepto de "colocaciones", es de carácter permanente.

Por su parte, el señor Fiscal 3º, también se opone a la demanda de declaratoria de nulidad del citado artículo 30 con la previa recomendación de integrar su significado con todo lo dispuesto en la Resolución 84 de 1985, la cual fue destinada a conjurar la gravísima crisis económico-financiera por la que atravieza la República y en cuya expedición el Ministerio Público no observa quebrantamiento de la Ley 5ª de 1973, ni ninguna otra norma de jerarquía superior.

Consideraciones:

La juiciosa recomendación del colaborador Fiscal Tercero consistente en que el artículo 30 materia de la acusación, no debe tomarse en forma aislada, sino relacionada con el conjunto de disposiciones contenidas en la Resolución 84 de la cual forma parte, es plenamente acogida por la Sala, la cual considera que de igual manera debe interpretarse el artículo 11 de la Ley 5ª de 1973 para armonizarla con el resto de normas de esta ley, así como las que consagran las facultades de la Junta Monetaria en el campo de la regulación del crédito, como primordial instrumento para el manejo de las políticas monetarias a ella encomendadas.

Dentro de estos marcos, la Sala hace las siguientes observaciones, para precisar los alcances de la norma acusada:

I. Competencias en el sector financiero.

A) Aunque sea concepto bien conocido, se recuerda en primer lugar, que es al legislador a quien constitucionalmente le corresponde la facultad de regular lo relacionado con las políticas monetarias, cambiarias y de crédito, pero que estas fueron, por su propia voluntad, reasignadas en la Junta Monetaria, la cual como organismo técnico especializado puede estudiar y adoptar las medidas necesarias de manera rápida y eficaz, sistema con el cual se supera el trámite parlamentario que de suyo es lento e incierto. Pero pese a la amplitud y

solidez de las facultades otorgadas a la Junta Monetaria por las Leyes 21 de 1963, 7ª de 1973 y demás normas que las han desarrollado, lo cierto es que el denominado *ius monetandi* continúa perteneciendo al legislador por disposición del numeral 15 del artículo 76 de la Constitución;

B) También es conocida la órbita de competencias dentro de las cuales se mueven las principales entidades que intervienen en este tipo de operaciones, consistente en que la Junta Monetaria dicta la norma; el Banco de la República, los bancos comerciales y demás instituciones de crédito ejecutan la medida o hacen uso de la facultad que aquella les concede y la Superintendencia Bancaria vigila su cumplimiento;

C) Dentro de las funciones que corresponden a la Junta Monetaria y que a la vez constituyen instrumentos adecuados para implantar las políticas monetarias aconsejables en el momento económico, figuran en el Decreto 2206 de 1963 y en la Ley 7ª de 1973, las de señalar a los bancos comerciales cupos ordinarios para operaciones de crédito, así como los especiales para determinadas actividades económicas y los extraordinarios para casos de emergencia y con carácter temporal. Igualmente figura dentro de sus funciones la de autorizar al Banco de la República para emitir títulos de crédito para regular el mercado monetario, o para arbitrar fuentes de financiamiento que irriguen determinado renglón de la economía a través de la banca comercial;

D) La anterior reseña esquemática tiene por finalidad sostener que la asignación de cupos de crédito y la creación de los Títulos de Capitalización Financiera, realizadas por la Junta Monetaria mediante la Resolución 84 de 1985, entre otras, constituyen típicas medidas con las cuales generalmente desarrolla su importante misión. No hay duda en cuanto que se trata de medidas propias de la actividad para la cual fue creada y, en principio, pueden calificarse como de carácter extraordinario, puesto que surgieron a raíz de unas situaciones críticas y destinadas a superar tal emergencia, antes de que interviniera directamente el legislador al expedir la Ley 117 de 1985, mediante la cual creó el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y adoptó los mecanismos que consideró apropiados para afrontar en el futuro las situaciones de crisis que tanto afectaron la vida económica de la República.

II. Ambito de la Ley 5ª de 1973.

A) Con relación a la Ley 5ª, no puede olvidarse el momento histórico de su expedición, ya que forma parte de la legislatura extraordinaria de 1973 que se dedicó de manera primordial a los problemas del agro colombiano, produciendo los siguientes estatutos de indudable trascendencia:

—La Ley 4ª del 29 de marzo por la cual se modificó profundamente la Reforma Agraria de 1961.

—La Ley 5ª también del 29 de marzo, por la cual se estimula la capitalización del sector agropecuario y se dictan otras disposiciones, y en la cual se fundamenta la acusación que se estudia en este proceso.

—La Ley 6ª del 2 de abril, cuyo tema principal fue la creación de estímulos tributarios para las sociedades anónimas, dentro de las

cuales contempló la exención para las reservas de capitalización que se invirtiera en "empresas agrícolas o de mercadeo de productos agropecuarios o agroindustriales".

Aunque no tenga por tema el agro, debe agregarse a la lista la Ley 7ª del 13 de abril que introdujo sustancial ampliación de facultades a la Junta Monetaria (sobre fijación de encajes, cupos de crédito, etc.), sin que ninguna de ellas modifique, sino al contrario, deja a salvo, la facultad especial de definir algunos conceptos necesarios para la aplicación de la Ley 5ª que le confirió en el artículo 11 de ésta. Tal es el caso de la facultad para definir el término "colocaciones";

B) Y para ahondar en el significado de la Ley 5ª del 73, nada mejor que traer algunos breves pasajes de sus antecedentes, que constituyen unos de los más realistas estudios en materia agropecuaria y cuyo olvido y desconocimiento bien caro le ha costado al país.

En la exposición de motivos, el Ministro de Agricultura Hernán Jaramillo Ocampo, decía:

"El actual Gobierno considera que la política social agraria que se desea impulsar y reformar con el estatuto que está a la consideración del Congreso requiere por exigencia del desarrollo una serie de instrumentos legales que faciliten la capitalización del campo colombiano, aceleren la producción y permitan incorporar a la actividad rural la llamada 'revolución verde'.

"Cuando en el proyecto de reforma agraria hemos introducido principios muy exigentes para la calificación de los predios como adecuados lo hacemos no solamente para facilitar el desarrollo de una reforma agraria más masiva y dinámica sino igualmente como un instrumento indispensable para incrementar la producción de acuerdo con las metas fijadas en el plan cuatrienal y en el programa de expansión de las exportaciones. Por esa razón debe facilitarse al empresario agrícola progresista todos los instrumentos de crédito y de capital que le permitan cumplir con los objetivos de esa ley o sea que le faciliten en un plazo prudencial una adecuada e intensiva explotación de su predio.

"Una de las notas comunes de las economías subdesarrolladas es que a través del proceso de urbanización e industrialización se succiona dramáticamente el ahorro campesino y se deteriora gravemente la capitalización de los sectores rurales.

"El campo colombiano está descapitalizado. ...

"...En el fondo de todo análisis sobre la estrategia del desarrollo económico se plantea este interrogante: ¿Hacia dónde debe encaminarse el capital disponible? En los países subdesarrollados la respuesta es más fácil: El ahorro debe encauzarse preferentemente hacia las actividades, inversiones y empresas que creen mayor ocupación".

"....

"...Nos preocupa profundamente la política de manejo, orientación y captación del ahorro institucional tal como se está

practicando en Colombia. Con tal política estamos engendrando una concentración regional de la inversión y un grave deterioro de la capacidad productiva y de reinversión de las empresas privadas. Los institutos oficiales que manejan y recaudan el ahorro generado por los salarios, como el Instituto de Seguro Social, las Cajas de Previsión, controlan ya un alto porcentaje del ahorro neto del país. Parte de sus recursos provienen de las áreas rurales y no existen mecanismos que permitan reinvertirlos en la capitalización del campo, pues en su mayoría se destinan a la construcción de vivienda o de servicios de asistencia social en los centros urbanos. Por otra parte, las inversiones de esos organismos se están concentrando en pocas ciudades con innegable perjuicio de los sectores agrícolas e industriales, que han generado los ahorros" (*Anales del Congreso*, número 45 - agosto de 1972).

Y, en la ponencia para primer debate el senador Indalecio Liévano Aguirre, luego de demostrar las causas y efectos previsibles de la "acentuada diferencia de productividades entre los prósperos islotes urbanos y las regiones marginales del país" que sólo podían "conducir a una gran desigualdad en las remuneraciones respectivas de los dos polos", abogó por la transferencia de capitales de inversión al campo y dentro de las diversas medidas planteadas para tal efecto fincó buena parte de sus esperanzas en la financiación generosa del Fondo Financiero Agropecuario. Decía:

"La importante iniciativa materia de esta ponencia continúa y da mayores dimensiones al actual 'Fondo Financiero Agrario' y organiza un mecanismo de captación de ahorros y recursos de capital en el conjunto de la economía para transferirlos al financiamiento de las actividades agropecuarias. Con este fin, el proyecto autoriza al Banco de la República, en su artículo 2º para emitir títulos de crédito denominados 'Títulos de Fomento Agropecuario', cuyo producto se destinará a las actividades de fomento en el sector rural".

"....

"Con respecto a la Junta Monetaria, el proyecto le reconoce a dicha entidad las funciones fundamentales que ella debe desempeñar, como organismo director de la política monetaria del país. Las facultades de intervención de la Junta con respecto al desarrollo y manejo de los mecanismos de financiación del sector agropecuario, se consignan principalmente en el artículo 14 del proyecto" (*Anales del Congreso*, número 45 - agosto de 1972).

C) Fruto inequívoco de esa orientación a favor del campo, es el hecho de que los objetivos de la ley que bien hubieran podido quedar consignados en una declaración a manera de considerandos, por el contrario, fueron incorporados en la parte dispositiva en el primer artículo cuyo texto no permite dudas de esa intención del legislador.

"*Artículo 1º* De acuerdo con los preceptos consagrados en la Constitución Nacional y en la legislación agraria, la presente ley persigue los siguientes objetivos:

"1º Capitalizar al sector agropecuario, a fin de incrementar la producción agrícola y ganadera, fortalecer el sector externo de la economía y solucionar las deficiencias alimenticias del pueblo colombiano.

"2º Orientar la política agropecuaria para garantizar un adecuado aprovechamiento de la tierra, el aumento del producto interno y la equitativa redistribución del ingreso.

"3º Propender por la utilización racional del potencial humano del sector rural.

"Parágrafo. Las atribuciones y funciones que se le asignen en esta ley al Gobierno Nacional, al Ministerio de Agricultura, a la Junta Monetaria, a la Superintendencia Bancaria, al Banco de la República, a los Fondos Ganaderos y a las entidades de crédito, muy particularmente en cuanto se refieren a los cupos de crédito y líneas especiales, y modalidades de redescuento en el Banco de la República, así como el monto de los préstamos que se otorguen a agricultores y ganaderos, con cargo al Fondo Financiero, Agropecuario, deberán ejercerse con sujeción a lo dispuesto en esta ley, en el decreto reglamentario, con criterios selectivos que aseguren la obtención de los objetivos determinados en este artículo, amplíen las oportunidades de promoción social y económica, y constituyan verdaderos estímulos para remediar insuficiencias en la producción agropecuaria, así como para promover el mejoramiento de aquellos sectores cuyas deficientes condiciones sociales y económicas los requieran".

III. Sobre la norma acusada.

A) No escapan a la consideración de la Sala las dos circunstancias alegadas por el defensor de la norma: Las amplias facultades de la Junta Monetaria otorgadas por el Decreto 2206 de 1963 y la Ley 7ª de 1973 y para este caso en especial las del artículo 3º del primero de los nombrados que constituyen una de las más claras de índole discrecional y, por otra parte, la crisis del sector financiero que estalló en el segundo semestre de 1982 y que inclusive, forzó al Gobierno Nacional a decretar el estado de emergencia económica el 8 de octubre, mediante Decreto 2919 y aún en diciembre 23 del mismo año cuando nuevamente la decretó, adujo dentro de los motivos "el debilitamiento del ahorro privado como consecuencia de la grave alteración del sector financiero", por manera que sin duda alguna esta es la motivación de las resoluciones que crearon y perfeccionaron el cupo de crédito para facilitar la capitalización y democratización accionaria del sistema bancario (números 42 de abril 20 de 1983, 60 de agosto 29 de 1984 y 84 de noviembre 20 de 1985), aunque desafortunadamente la Junta no acostumbra expresarlo, como es lo correcto conforme al artículo 36 del Decreto 01 de 1984, según el cual el contenido de una decisión discrecional debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa;

B) La facultad de definición otorgada a la Junta Monetaria por el artículo 11 de la Ley 5ª ciertamente no se agotó por su utilización y menos aún cuando coincide con las facultades generales que la ley le ha conferido. En ejercicio de ella, en un principio definió el término

"colocaciones" como el conformado por "todas las operaciones de crédito y redescuento y valores internos" con lo cual quedó fijada una base muy amplia para calcular la inversión en los Títulos de Fomento Agropecuario señalados por la Ley 5ª de 1973, pero luego esa base fue reducida al excluir de allí los préstamos destinados a la recapitalización del sector financiero, según lo dispuesto por el artículo 30 de la Resolución 64 acusado;

El efecto práctico de la medida no es fácil cuantificarlo como lo indica el estudio y análisis del señor Director del Fondo Financiero Agropecuario (Fls. 59 y 60), tratado como prueba. Según estos documentos, las cifras correspondientes a los montos de recursos con que contó el Fondo por concepto de suscripción de Títulos "A" de la Ley 5ª de 1973 "presentaron incrementos anuales del 7.6% durante 1984 del 17.6% en 1985 y del 17.5% entre diciembre de 1985 y el 24 de octubre de 1986 (10 meses)".

La Sala observa que en tal análisis no se menciona que, según el mismo cuadro que sirvió de fuente, en 1983 se registró un incremento del 47.2%, y llama la atención que a pesar de haber sido el de 1983 tal vez el más afectado por la crisis del sector financiero, se registró tan notable incremento. Simultáneamente es bueno observar que en tal año no existía una norma similar a la acusada, pues dicha medida vino a implementarse a fin del mes de agosto (29) del año 1984 mediante el artículo 13 de la Resolución 69, cuyo texto es exactamente igual al 30, objeto de acusación.

Por otra parte, el mismo Banco de la República reconoce que esos "índices están afectados por las elevadas diferencias entre la inversión requerida y la efectivamente realizada en Títulos clase A por algunos bancos, originada a su vez, en la crisis financiera que desde el año de 1982 viene afrontando la banca del país".

Dado el relativo apoyo de los registros para demostrar la influencia directa de la medida acusada en el volumen de recursos del Fondo, queda en pie la consideración teórica de que la disminución de la base necesariamente redunde en una disminución de la inversión (que podría medirse por la suma de los créditos otorgados para financiamiento de acciones nuevas y bonos del sector financiero) y esa es precisamente una de las circunstancias que influye en su examen.

Conclusiones:

La Sala concluye que la Junta Monetaria, no obstante haber ejercido facultades que claramente le atribuye la ley, al implantar las medidas necesarias para conjurar parcialmente la crisis del sector financiero ha debido acatar el criterio ordenado por el artículo 1º de la Ley 5ª de 1973 de prelación al sector agropecuario, por la sencilla razón de ser una política previa y especialmente ordenada por el propio legislador en quien, como se recordó al comienzo de esta providencia, corresponde constitucionalmente el *ius monetandi*.

En resumen, en esta oportunidad, la Sala estima que las facultades discrecionales otorgadas por delegación, tienen por límites las normas

que las otorgan, los fines para los cuales se confieren pero desde luego, las disposiciones especiales del propio órgano delegante.

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 del artículo 30 de la Resolución número 84 del 20 de noviembre de 1985, expedida por la Junta Monetaria, que dice:

> "Los préstamos que otorguen los establecimientos bancarios en desarrollo de lo dispuesto en esta resolución, lo mismo que las inversiones en los 'Títulos de Capitalización Financiera', estarán excluidos de la base para computar la inversión obligatoria de dichos establecimientos en Títulos de Fomento Agropecuario Clase 'A' de que trata la Ley 5ª de 1973".

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*, Salvo, con todo respeto el voto; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

JUNTA MONETARIA. COMPETENCIAS EN EL SECTOR FINANCIERO (Salvamento de voto).

1. Poder discrecional de la Junta Monetaria para regular los términos de "COLOCACIONES" a que se refiere la Ley 5ª de 1973.

2. La variación de las circunstancias del conjunto de la economía, autoriza a la Junta para regular los aspectos del CREDITO BANCARIO.

Salvamento de voto del doctor Hernán Guillermo Aldana Duque

Referencia: Expediente número 1150. Actor: Sociedad de Agricultores de Colombia "SAC". Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate.

Con todo respeto para con la opinión mayoritaria de la Sección, me permito exponer las razones por las cuales discrepo de la decisión de anular el artículo 30 de la Resolución número 84 del 20 de noviembre de 1975, proferida por la Junta Monetaria.

Las atribuciones de la Junta Monetaria.

A la Junta Monetaria le compete la regulación monetaria y crediticia del país. Es pues, el supremo regulador de la materia, como se desprende de las disposiciones contenidas en la Ley 21 de 1963, el Decreto-ley 2206 de 1963, y las Leyes 5ª y 7ª de 1973, en cuanto al asunto que ocupó la atención de la Sección.

El aumento del medio circulante proviene en buena medida de la irrigación y magnitud del crédito que el Banco de la República suministre en préstamo directo o en operaciones de descuentos o redescuentos al conjunto de las instituciones bancarias.

Entre las atribuciones, que por más concernir al caso, es menester rememorar, vale la pena señalar la que le da a la Junta Monetaria la facultad de orientar el volumen de moneda en circulación para dirigirla hacia determinados sectores.

Esa es una facultad general que se ejerce con relación a los sectores beneficiarios del crédito y, naturalmente, aquella supone en la Junta la existencia de una visión de conjunto sobre el sistema crediticio para dictar las medidas que mejor convengan a la economía globalmente apreciada en general, en especial, a los distintos campos de la actividad productora.

Por ello, la vigilancia y orientación del crédito es una de las atribuciones fundamentales otorgadas a la Junta Monetaria.

De acuerdo con el artículo 3º del Decreto-ley 2206 de 1963, a la Junta Monetaria corresponde adoptar mediante normas de carácter general, las medidas monetarias y de crédito, particularmente las que tienen por fin señalar un cupo especial de crédito que sólo se utilizará para el descuento de operaciones destinadas a determinadas actividades económicas, de acuerdo con las necesidades del desarrollo agrícola, industrial y comercial del país, y establecer dentro de dicho cupo porcentajes para cada una de tales actividades.

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto-ley 1211 de 1972, a la Junta le compete también, dar autorización previa a los proyectos de emisión de bonos y otras obligaciones y el ofrecimiento de acciones y otros valores al público.

De otra parte a la Junta Monetaria le corresponde emitir su concepto sobre la política de crédito agropecuario que el Ministro de Agricultura debe someter a su consideración (Decreto-ley 2420 de 1968, art. 3º, letra numeral g).

El artículo 6º, letra numeral a) del Decreto-ley 2206 de 1963 dispone, que le corresponde a la Junta Monetaria, "fijar de acuerdo con las circunstancias monetarias y crediticias límites específicos al volumen total de los préstamos o inversión de las instituciones de crédito o a determinadas categorías de ellas".

Luego de la Ley 5ª de 1973, en la Ley 7ª del mismo año se dispuso, en el artículo 23, que a la Junta le competía, además de las atribuidas, ejercer la función de: "d) Determinar el porcentaje de crédito que los bancos deben destinar a operaciones que la Junta considere convenientes para estimular el desarrollo de la economía, de acuerdo con los objetivos monetarios. Con base en esta facultad la Junta podrá establecer que tales operaciones se realicen directamente por los bancos o que cumplan estas obligaciones con la suscripción de acciones, bonos o valores de instituciones especializadas, públicas o privadas".

De las anteriores disposiciones se puede establecer, y ello corresponde a la naturaleza cambiante de la economía y la moneda, que la Junta Monetaria puede ejercer las funciones que se han indicado teniendo en cuenta las condiciones económicas y monetarias del país, en cada momento concreto de la vida nacional.

Las anotadas circunstancias hacen también posible afirmar que las medidas para orientar el crédito interno y externo, así como las líneas de crédito y su volumen, son atribuciones que no encajan estrictamente dentro del concepto de poder completamente reglado, bien en el modo como las atribuciones ya reseñadas se le han asignado a la Junta Monetaria, bien en cuanto a sus aspectos de contenido y oportunidad; este es un ejemplo claro de facultades discrecionales, desde luego, pero no arbitrarias ni caprichosas, conceptos estos que limitan el ejercicio del poder discrecional y son generadores de nulidad, caso de ocurrir esas anomalías.

Las disposiciones de la Ley 5ª de 1973.

Con el propósito de reactivar la actividad agropecuaria la Ley 5ª de 1973 consagró en su artículo 1º sus objetivos, que consistían básicamente en buscar la capitalización del sector agropecuario, a fin de incrementar la producción agrícola y ganadera, fortalecer el sector externo de la economía y solucionar las deficiencias alimenticias del pueblo colombiano.

En el parágrafo del artículo 3º se previó que "las atribuciones y funciones que se le asignan en esta ley al Gobierno Nacional, al Ministerio de Agricultura, a la Junta Monetaria, a la Superintendencia Bancaria, al Banco de la República, a los Fondos Ganaderos y a las entidades de crédito, muy particularmente en cuanto se refieren a los cupos de créditos y líneas especiales y modalidades de redescuento en el Banco de la República, así como el monto de los préstamos, tasas de interés y plazos de amortizaciones de los mismos que se otorguen a agricultores y ganaderos con cargo al Fondo Financiero Agropecuario, deberán ejercerse, con sujeción a lo dispuesto en esta ley y en el decreto reglamentario, con criterios selectivos que aseguren la obtención de los objetivos determinados en este artículo, amplién las oportunidades de promoción social y económicas, y constituyan verdaderos estímulos para remediar insuficiencias en la producción agropecuaria, así como para promover el mejoramiento de aquellos sectores cuyas deficientes condiciones sociales y económicas los requieran".

En desarrollo de la ley misma, el parágrafo del artículo 1º del Decreto reglamentario número 1562 de 1973 estableció que dentro de la disponibilidad global del Fondo Financiero Agropecuario, los préstamos con base en él se otorgarían sin limitaciones en cuantía.

Se autorizó al Banco de la República para emitir títulos de crédito denominados "Títulos de Fomento Agropecuario", y se precisó que el producto de la emisión se destinaría a la actividad de fomento agropecuario; estos títulos se agruparon en dos clases, "A" y "B", los primeros de los cuales debían suscribirse por los bancos comerciales, y los segundos por los institutos o empresas oficiales o de economía mixta (art. 2º, Ley 5ª de 1973 y art. 3º del Decreto reglamentario número 1562 de 1973).

Los bancos comerciales debían invertir no menos del 15% ni más del 25% de sus *colocaciones* en títulos de la clase "A".

Conviene destacar que la ley estableció una excepción para el Banco Cafetero, *y lo condicionó a que en un plazo de 5 años destinará no menos del 50% por ciento de sus colocaciones* al sector agropecuario y no menos del 15% adicional a otras actividades de fomento, y definió, para los efectos de la ley, *que para este caso específico se entendería por colocaciones agropecuarias los préstamos de que trata el artículo 15 de la ley, esto es, los préstamos y descuentos para actividades agropecuarias; los bonos de prenda de productos agropecuarios; los bonos agrarios, los bonos de fomento agrario, las inversiones en corporaciones financieras* que tuvieran por objeto principal el fomento agropecuario y, en general los títulos de crédito e inversiones que estuvieran destinados a financiar directamente la producción de bienes agropecuarios.

En cambio, en cuanto a lo que debía entenderse por colocaciones para efectos de la adquisición de títulos de la clase "A" para los restantes bancos comerciales, su definición se defirió a la Junta Monetaria, como se verá adelante.

Con el producto de la colocación de los títulos mencionados, el Banco de la República organizaría un fondo para el redescuento de los préstamos de fomento agropecuario que se concedieran a corto, mediano y largo plazo, fondo cuya denominación sería "Fondo Financiero Agropecuario" y cuya administración correspondería al Banco de la República y al cual se incorporaría el que venía existiendo bajo el nombre de Fondo Financiero Agrario.

A la Junta Monetaria, en relación con esta estrategia y la política definida en la Ley 5ª se le asignó:

a) Fijar el monto, interés, plazo y amortización de cada uno de las dos clases de títulos; lo cual realizó por Resolución número 53 de 1973;

b) *A la Junta Monetaria le dejó la Ley 5ª la atribución de definir qué se entendía por "colocaciones", de los bancos obligados a suscribir los títulos de la clase "A", y con relación a los cuales aquellos debían invertir en esos papeles no menos del 15% ni más del 25%;*

c) En cambio, en cuanto a las colocaciones del Banco Cafetero y sobre cuyo volumen debía esa entidad verificar inversión en bonos de la clase "A", la ley sí restringió la facultad de la Junta Monetaria, pues le precisó que tal definición se haría dentro de las pautas fijadas para redondear ese concepto en el parágrafo II del artículo 5º de la Ley 5ª de 1973.

Así las cosas, fluye con claridad que la Junta Monetaria podía fijar, a través del sistema de definiciones del concepto de colocaciones para los bancos diferentes del Cafetero, la base sobre la cual los bancos obligados a suscribir títulos de la clase "A" debían invertir no menos del 15% ni más del 25% de las sumas que correspondieran a sus "colocaciones";

d) La Junta Monetaria, mediante Resolución número 53 de 1973 precisó que, para efectos de la previsión del artículo 5º de la Ley 5ª de 1973, "se entendería por colocaciones toda operación de contenido crediticio que efectúen los establecimientos de créditos con recursos internos".

La autorización anterior, se explica por la necesidad de dejar a la Junta Monetaria la facultad de apreciar qué factores podían hacer parte del concepto de colocaciones y lo que se justifica por la necesidad de adoptar las decisiones en materia monetaria sujeta a las variantes circunstancias del sistema bancario y de la masa de medios de pago en circulación, y se inscribió dentro de la concepción general ya indicada arriba, y consagrada en textos legales, dentro de la cual se le otorga a la Junta Monetaria la facultad de regular con decisiones de carácter general la moneda y el crédito (Véase el Decreto-ley 2206 de 1963).

Nótese, en cambio, cómo la ley, en tratándose del caso específico del Banco Cafetero, ligó rígidamente los poderes de la Junta Monetaria en cuanto a la posibilidad de definir qué debía entenderse por colocaciones, al enunciar los conceptos y factores que para ese caso exacto debían integrar aquel concepto.

La economía y el mundo monetario y crediticio son elementos fundamentales de ella es dinámica, variable y voluble.

La necesidad de regulación en ese campo no puede sujetarse a una especie de trauma de fijación que impidiera, a medida que los hechos y las circunstancias de base varían, corregir las disposiciones reguladoras emitidas en un momento determinado del acontecer económico, modificándolas o suprimiéndolas, si para esto existe facultad legal. En esta materia la fijación en el pasado no es fácil.

La Junta Monetaria ejerce poderosas funciones, desde luego sometidas a la ley y al control de la jurisdicción como claramente se halla establecido.

Pero no puede desconocérsele que detenta una facultad de prudente discrecionalidad para apreciar las circunstancias y condiciones sobre oportunidad y conveniencia que hagan aconsejable la adopción de medidas necesarias para organizar, mantener y guardar el equilibrio del sistema monetario nacional, y no sólo ya el de él, sino el del sistema financiero en general, dentro del cual, menester es recordarlo, lo relativo al crédito del sector agrícola, industrial, comercial, son partes cuya organización no puede desprenderse del todo como islotes inconexos, autárquicos, sin dependencia mutua y del conjunto, máxime cuando se presentan circunstancias que colocan al sistema globalmente considerado en peligro de pervivir, o amenazan seriamente su estabilidad.

Frente a la crisis del sistema financiero que resultó quebrantado en los años 1981 y siguientes y para hacer frente a esa situación que amenazó acabar con la estabilidad de las entidades bancarias, el Gobierno Nacional diseñó una política de salvación, muy discutida por algunos sectores que llegaron a hablar, incluso de la socialización de las pérdidas en la actividad bancaria, pero política y medidas consiguientes que la Corte Suprema de Justicia halló ajustadas al canon constitucional.

Dentro de esa óptica se dictaron medidas sobre capitalización y democratización del sistema financiero y, entre ellas, para los efectos de este salvamento de voto, como lo recuerda el fallo, la Junta Monetaria abrió una línea de crédito para la adquisición de acciones o bonos convertibles en acciones, emitidos por entidades del sector, las cuales serían descontables en el Banco Emisor al cual se autorizó para crear Títulos de Capitalización Financiera negociables.

Pues bien, dadas las circunstancias del momento, y la iliquidez del sector financiero, llegado en algunos casos al límite para poder funcionar, la Junta Monetaria dispuso en el artículo que fue objeto de acusación, que "los préstamos que otorgaran los establecimientos bancarios en desarrollo de lo dispuesto en esta resolución, lo mismo que la inversión en los Títulos de Capitalización Financiera, estarán

excluidos de la base para computar la inversión obligatoria de dichos establecimientos en Título de Fomento Agropecuario clase 'A', de que trata la Ley 5ª de 1973".

Es de pensarse que "la base para computar la inversión obligatoria" en tratándose de la clase "A" se relaciona con el concepto de colocaciones y es indispensable recordar que la propia ley defirió a la Junta definir el concepto de colocaciones.

La ponencia mayoritaria, debo destacarla, no pone en duda que "la facultad de definición otorgada a la Junta Monetaria por el artículo 11 de la Ley 5ª, ciertamente no se agotó por su utilización y menos aún cuando coincide en las facultades generales que la ley le ha conferido" (pág. 11 de la sentencia), pero luego dice, y es ahí donde se halla a mi juicio contradicción, que no podría reducir la base computable para definir las colocaciones.

Y se llega a esa conclusión, con olvido no sólo de que ya se había dicho que la facultad de definir las colocaciones no se agotaba, con su primer ejercicio, sino del resto del contexto normativo que varias veces se ha mencionado en este salvamento, particularmente de las normas que le confieren a la Junta Monetaria la facultad de adoptar medidas en función de las cambiantes condiciones de la economía, y con preterición del hecho de que la medida acusada se insertaba en el marco de las que, para paliar la emergencia económica de 1982 y 1983 había autorizado el Ejecutivo con poderes legislativos en virtud del artículo 122 y que dentro, de ese contexto la medida acusada hallaba plena justificación.

Las anteriores disposiciones se hallaban en consonancia con lo expuesto por el Senador Indalecio Liévano Aguirre, quien en su ponencia sostuvo que "con respecto a la Junta Monetaria el proyecto le reconoce a dicha entidad las funciones fundamentales que ella debe *desempeñar como organismo director de la política monetaria del país...*" (Subrayas fuera del texto).

En resumen de lo anterior se tiene que la propia Ley 5ª de 1973 autorizó a la Junta para definir, a través del concepto que diera de colocaciones, las bases sobre las cuales se calcularía el porcentaje de inversión forzosa en Títulos de Fomento Agropecuario de la clase "A" por parte de los bancos obligados a ese efecto.

De ello se infiere que al excluir los conceptos o factores, que el acto acusado indica de la base sobre la cual debía computarse el monto de inversiones de los bancos en los mentados títulos, la decisión acusada se ajustaba a la propia ley y por llegar a esa conclusión, lógica en mi sentir, es por que lo que, con reiterada consideración por mis ilustres colegas de Sección, el fallo ha debido ser adverso a las pretensiones de la demanda.

No es superfluo agregar que la decisión impugnada hace parte del grupo de medidas adoptadas para hacer frente a la crisis financiera de 1982, y que dentro de las adoptables, la Junta tenía la facultad de evaluar la conveniencia y oportunidad de regular en la cuantía que estimase procedente la irrigación del crédito dentro del conjunto del sistema financiero, azotado por la grave crisis y carente de liquidez.

Los argumentos de la demanda enderezada contra la decisión de la Junta por la cual mantuvo la base computable consagrada en la Resolución número 53 de 1973, para definir las colocaciones, está en clara contradicción con el mismo artículo 11 de la Ley 5ª de 1973 y por ello no han debido ser acogidos.

La acusación contra el acto atacado por violación de los objetivos que la ley persigue (consignados en el art. 1º de la Ley 5ª de 1973) no es evidenciable, concreta y actual infracción de la ley, máxime cuando ella misma da la autorización a la Junta Monetaria para obrar como obró, al definir el término de colocaciones y precisar qué factores no serían incluidos en él, para los efectos de la suscripción o adquisición de títulos de la clase "A".

Recuérdese, en fin, cómo, para decretar la emergencia económica, el 8 de octubre de 1982, el Gobierno Nacional expresó que ante las circunstancias del momento, había "sobrevenido una crisis de la confianza pública, originando situaciones de iliquidez que comprometen la política monetaria y dudas respecto a la aptitud de ciertos sectores del sistema financiero para cumplir normalmente sus *funciones de apoyo a los demás sectores de la economía*" (considerandos del Decreto-ley 2919 de 1982).

Dentro de ese marco, y justamente por fortalecer al sector financiero, de modo que sus colocaciones no sufrieran colapso ni reducciones mucho mayores, fue sin duda que la Junta Monetaria expidió el acto acusado, en armonía con el resto de disposiciones orientadas a salvar el sistema financiero y, dentro de él, las líneas de crédito para el sector agrícola, de modo que de esa forma se dio cumplimiento precisamente a los objetivos de la Ley 5ª de 1973, y dentro de sus parámetros, la Administración Monetaria se ajustó a la legalidad.

Por lo dicho concluyo:

1. Al indicar ciertos elementos para excluirlos del concepto de colocaciones, al indicar la base que serviría para el cálculo del porcentaje de la inversión de los bancos en Títulos de Fomento Agropecuario de la clase "A", la Junta Monetaria se ajustó y cumplió una función de naturaleza discrecional que le había otorgado incuestionablemente el artículo 11 de la Ley 5ª de 1973, y cuyo ejercicio como lo dice la ilustrada mayoría, no agotó la competencia en esa materia.

2. Con esa medida, enmarcada dentro de las señaladas para afrontar la crisis del sistema financiero que originó la emergencia económica de octubre 8 de 1982, se buscó mantener la actividad crediticia, con la cual lejos de desconocer los objetivos de la ley citada y sus mecanismos económicos y jurídicos, se procuró, dentro de las circunstancias difíciles del momento, satisfacer las finalidades de las mismas normas invocadas como violadas.

3. La naturaleza de las funciones generales y de las especiales dadas a la Junta le permitían, mejor que a nadie, apreciar cuáles eran las medidas más convenientes que debían adoptarse y, en esa perspectiva, la Junta con el acto acusado, se ajustó a las regulaciones legales.

No podía, en fin, haberse anulado el acto acusado, dado que para su expedición y la determinación de su contenido, la Ley 5ª de 1973 había autorizado claramente al organismo responsable.

Es por ello, que, reitero, el fallo ha debido ser adverso a las pretensiones de la demanda.

Con toda consideración,

Hernán Guillermo Aldana Duque.

Fecha: *Ut supra.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL. PATENTES DE INVENCION.

El quebranto de los artículos 535, 536 del Código de Comercio y los preceptos de la decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, así como del artículo 549 del Código citado, ameritan nulidad de las Resoluciones originarias de la Superintendencia de Industria y Comercio (NULIDAD).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: Doctor Luis Miguel Quiñones F., Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 51. Actor: Cabot Corporation.

La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa de la Corporación entra a decidir en el fondo el proceso bajo referencia, reconstruido después de haber desaparecido el original en los trágicos sucesos de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá.

Antecedentes:

A través de apoderado ha acudido ante el Consejo de Estado la sociedad Cabot Corporation, con domicilio en Boston, Estado de Massachusetts, Estados Unidos de Norte América, en "acción de plena jurisdicción" (Ley 167 de 1941, art. 67), contra la Resoluciones números 3360 de 24 de octubre de 1979 y 528 de 25 de mayo de 1982, emanadas de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y del Ministerio de Desarrollo Económico, en su orden. Como restablecimiento del derecho que reputa conculcado, la actora pide se otorgue a la mencionada sociedad estadounidense "patente de invención para *preparación de negros de humo en perlas*, según descripción y reivindicaciones que obran en el expediente número 136239, solicitud presentada el 13 de noviembre de 1972, y se ordene a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio expedir el correspondiente certificado y publicarlo en la Gaceta de Propiedad Industrial, para los fines pertinentes".

La demanda fue presentada el 17 de noviembre de 1982 y cuando desapareció incinerado el expediente, el proceso se hallaba al Despacho del Fiscal Primero de la Corporación para notificarse de una pro-

videncia que ordenaba allegar un documento, después de haber alegado de conclusión las partes y conceptuado de fondo el Agente del Ministerio Público.

En aplicación del Decreto legislativo número 3825 de 1985, el apoderado de la actora solicitó la correspondiente reconstrucción procesal (Ver fls. 366 a 375), en atención al cual pedimento y previo el traslado de rigor, mediante proveído de 23 de mayo de 1986 (Ver fls. 384-385) se decretó la reconstrucción del proceso número 4180 y se tuvieron como auténticos "los proveídos, documentos, oficios, diligencias y piezas procesales que obran en el expediente".

Se anota que la Superintendencia de Industria y Comercio, no obstante habérsele dado el traslado de ley, con notificación personal al Superintendente (Ver fl. 379), como entidad emisora de los actos administrativos acusados, ni contestó la demanda, ni constituyó apoderado judicial, ni tuvo actuación alguna en este proceso reconstruido.

Los actos acusados:

A folios 138-139 y 394-396 aparecen los actos materia de la litis. Mediante la Resolución número 3360 de 1979 la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio niega "la patente de invención para la solicitud consistente en *'preparación de negros de humo en perlas'* formulada por la sociedad 'Cabot Corporation', domiciliada en Boston, Massachusetts, Estados Unidos", con base en estas breves razones: El "Grupo Técnico", mediante "informe técnico número P-1341" de 5 de septiembre de 1977, "recomendó negar el privilegio solicitado por carecer de novedad ya que se encontraba en el estado de la técnica"; corrido el traslado al peticionario respecto del informe anterior, por "informe técnico número 10098" de 6 de julio de 1978, el grupo técnico "recomendó negar el privilegio solicitado"; según el artículo 20, inciso tercero, del Decreto 1190 de 1978, "si el examen definitivo...fuere desfavorable, se le negará por resolución debidamente motivada"; conforme al artículo 1º del mismo decreto, "se otorgará patente de invención a las nuevas creaciones susceptibles de aplicación industrial y a las que perfeccionen dichas creaciones"; y de acuerdo con el artículo 2º *ibídem*, "una invención no se considerará como nueva si está comprendida en el estado de la técnica, esto es, si se ha hecho accesible al público en cualquier lugar, mediante una descripción oral o escrita, o por el uso o explotación o por cualquier otro medio suficiente para permitir su ejecución con anterioridad al día de presentación de la solicitud de la patente...'

Por su parte la otra Resolución acusada, la número 558 de 1982, proferida por el Ministro de Desarrollo Económico, al resolver el recurso de apelación contra la 3360 de 1979, la confirma en todas sus partes, con los mismos argumentos de la apelada.

El petítum:

Como anexo 2.1. de la solicitud de reconstrucción (fls. 1 a 5) obra el libelo de demanda de nulidad, en acción de plena jurisdicción

(art. 67 de la Ley 167 de 1941). Como normas violadas y el concepto del caso indica que "ni la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio ni el Ministerio de Desarrollo Económico fundamentaron su decisión en motivo distinto de falta de novedad, para lo cual ambos Despachos acogieron sin reservas los informes técnicos". Dice que del segundo concepto técnico "no se da traslado al solicitante, por lo cual está fuera de contexto la observación sobre falta de objeción a dicho concepto, que aparece en la Resolución que agotó la vía gubernativa. Erró en sus fundamentos el Ministerio de Desarrollo Económico, al suponer que Cabot Corporation debió objetar un concepto técnico del cual no se le da traslado", de donde surge *"falsa o errónea motivación"* que "condujo a la violación por no aplicación de los artículos 534 y 536 del Código de Comercio". Alega que del mismo modo resultaron quebrantados los artículos 1º y 2º de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, por cuanto "la invención a la cual se aplicó (indebidamente el art. 2º de la mentada decisión 85) sí era nueva, y no estaba comprendida dentro del estado de la técnica". Por razones semejantes se violó el artículo 535 del Código de Comercio.

El dictamen pericial:

A manera de anexo 2.17 de la petición reconstructiva el actor aportó fotocopia de la experticia, presentada por los técnicos el 26 de enero de 1984, la cual obra a folios 52 a 58 del informativo. Entre las piezas tenidas como auténticas por el decreto de reconstrucción procesal, esta dicha prueba técnica, como atrás se dijo. Adelante se tomará nota del aludido dictamen.

La vista fiscal:

Igualmente considerada como pieza auténtica en este proceso reconstruido, a folios 67 a 76 obra en fotocopia el pertinente concepto de fondo del Fiscal Primero de la Corporación, que concluye solicitando se declare la nulidad impetrada por la actora sobre los actos acusados. En síntesis sustenta su pedimento el colaborador del Ministerio Público en que "...las motivaciones expuestas por la Administración (en los actos atacados) no son lo suficientemente claras y atinentes a la descripción de la patente de invención y reivindicaciones solicitadas", dado que la "providencia motivada" que exige el artículo 549 *in fine* del Código de Comercio no se cumple en este caso, pues "la motivación debe reunir los elementos de hecho y de derecho que determinan el acto administrativo que se expide, máxime si así lo ordena la ley, necesarios para el control administrativo, sino además, para una eventual impugnación ante la jurisdicción, pueda ésta ejercer una certera actuación estableciendo la relación entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión que se adopte". La vista fiscal hace hincapié en la filosofía contenida en el artículo 1º de la Ley 31 de 1925, que fue condensada en el Título II del Libro 3º del Código de Comercio, respecto de las tres acepciones diferentes que tiene el vocablo *invención*, cuales son: Invención de producto, invención de proceso e invención de mejora o perfeccionamiento, para rematar expresando que, con base en ello, en las descripciones contenidas en

los procesos administrativos números 101323 y 118401 tramitados por la Superintendencia y en el peritazgo que obra en autos como prueba, los actos acusados están violando el artículo 536 del Código de Comercio, "pues la invención cuya patentabilidad se pretende, así como las reivindicaciones que del mismo se hacen, no son derivación evidente del estado de la técnica, como lo pretende decir la Superintendencia de Industria y Comercio al negar la patente de invención por existir una ya aprobada u otorgada anteriormente", refiriéndose en este caso a la patente de invención que concedió la Superintendencia a la sociedad Philips Petroleum Company sobre producción y granulación de negro de humo.

Consideraciones:

Vimos atrás que la resolución número 3360 de 1979 atacada se fundamenta básicamente en los "informes técnicos" números P-1341 y 10098 rendidos ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, ambos para el expediente número 136239, el primero con fecha 5 de septiembre de 1977 y el segundo de 6 de julio de 1978, suscritos los dos por Rita de Rodríguez con el visto bueno de Fernando Pinzón C., éste como Jefe de Patentes y aquella con su antefirma y el distintivo de "Ingeniero Químico" en el primer informe e "Ingeniero de Patentes" en el segundo, de acuerdo con la fotocopia autenticada que obra a folios 131 y 137, en su orden. El expediente número 136239 para el cual fueron rendidos ambos informes técnicos "contiene los documentos relativos a la solicitud sobre *preparación de negros de humo en perlas.* Propietario Cabot Corporation domiciliado en Boston Massachusetts, Estados Unidos de Norteamérica" y que obra como prueba tenida como auténtica para la parte actora en esta reconstrucción procesal a folios 86 a 164, anexo número 2.2.3.

Pues bien: Por una parte, tal Resolución número 3360 de 1979 aquí demandada es bien breve (de folio y medio: fls. 138 y 139) y se reduce a expresar que dichos "informes técnicos" recomiendan negar el privilegio solicitado en el expediente número 136239 de la División de Propiedad Industrial de la mentada Superintendencia y a transcribir parcialmente tres disposiciones del Decreto número 1190 de 1978 —frente a la pertinente solicitud formulada seis años atrás: El 13 de noviembre de 1972—. Por otra parte, los aludidos "informes" o "conceptos técnicos" son más breves aún: El concepto técnico número P-1341 (Ver fl. 131) expresa que: "Se encontró en los archivos de esta oficina el expediente número 101323 de la Philips Petroleum Company que tramita el procedimiento para formar pelotillas de negro de humo en donde para formar estos (sic) pelotillas mezclan el negro de humo con agua y un aglutinante, agitar y mezclar la masa húmeda para producir pelotillas de ella" y a continuación concluye sorprendentemente así: "Como se observa el expediente en estudio carece de altura inventiva, por cuanto está comprendido y se deriva *de manera evidente* del estado de la técnica. Por lo cual se recomienda negar el privilegio solicitado" (Se ha destacado).

El segundo "concepto técnico" (el número 10098) da remate al mencionado expediente administrativo número 136239 de la División

de Propiedad Industrial, es de corte semejante al primero y según asevera el actor bajo juramento careció del traslado correspondiente, carencia que se comprueba al examinar la fotocopia del aludido expediente 136239 (fls. 86 y ss.). Este segundo "informe o concepto técnico" (Ver fl. 137) se refiere en seis renglones a los expedientes números 101323 y 118401 que cursaron en la División citada, para concluir en cuatro renglones con esta afirmación, que nada tiene de "concepto técnico" por carecer plenamente de presupuestos básicos, análisis, argumentaciones, razonamientos: "Como se observa lo que se quiere patentar como novedoso, ya se menciona en estos expedientes, que es agregar al negro de humo un líquido de granulación que pueda ser agua. Por lo anterior se recomienda negar el privilegio solicitado".

La otra Resolución aquí acusada, la número 558 de 1982, obra a folios 394-395 y trae los mismos "argumentos" de la Resolución 3360 de 1979 que confirma.

Entre los variados requisitos que debe contener un informe o concepto técnico o científico, apunta el tratadista Hernando Devis Echandía que si el técnico "se limita a emitir su concepto sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria" y que el concepto debe contener conclusiones "claras, firmes y (ser) consecuencia lógica de sus fundamentos". A juicio de la Sala le asiste razón al actor cuando en su libelo acusa a las dos resoluciones que demanda como de adolecer de "falsa o errónea motivación". Al respecto dijo esta Corporación en sentencia de 8 de septiembre de 1981 (Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado; actor Carlos Ballén Ardila. Expediente número 6091): "Con el nombre de motivos se conocen las circunstancias de hecho que provocan una decisión administrativa; es decir, la sucesión de acontecimientos que impulsan la Administración a obrar. Consecuencialmente, las medidas que se tomen en un acto administrativo pueden ser ilegales si no se justifican los hechos que las provocaron".

No obstante lo anotado, la Sala ha menester expresar lo siguiente: Por tratarse en el caso *sub exámine* de una cuestión eminentemente tecno-científica, ajena a los conocimientos presupuestos de un juzgador, se encuentra que el proceso contiene una prueba fundamental, el dictamen pericial, que se la ha tenido como auténtica mediante el proveído que decretó la reconstrucción. Tal experticia se ha producido llenando las pertinentes exigencias legales y en la controversión de la misma no ha sido atacada o tachada bajo ningún aspecto por la parte demandada. Como la prueba pericial aparece rendida razonablemente y explica a satisfacción los diferentes puntos que integran el cuestionario que a los expertos se les pidió contestar en su oportunidad, a ella se acogerá esta Corporación, dado que los aspectos eminentemente técnicos que involucra producen en el fallador la convicción necesaria para adoptar la correspondiente decisión de fondo, ya que es en el momento de dictar sentencia cuando el juzgador debe hacer la valoración del mérito probatorio del informe científico. Precisa recalcar que en este proceso no tuvo actuación de índole alguna la parte demandada, que en su oportunidad legal fue vinculada a la litis mediante notificación personal (Ver fl. 379).

Dicha peritación (fls. 52 a 58) trae como antecedentes introductorios de la misma una explicación sobre los "negros de humo" (también llamados negros de carbón, los negros de gas, los negros de horno y los negros de acetileno). Esta prueba contempla en seguida: "Las invenciones presentadas" ante la Superintendencia de Industria y Comercio sobre preparación o producción de negros de humo tramitadas en tres expedientes, así: Expediente número 101323, sobre "procedimiento mejorado para formar pelotillas de negro de humo", de la firma Philips Petroleum Company; Expediente número 118401, sobre "proceso y aparato para la producción y granulación de negro de humo", también de la Philips Petroleum Company; y Expediente número 136239, sobre "preparación de negros de humo en perlas", de la firma Cabot Corporation. Dicen los expertos que dichos tres expedientes "se refieren todos a la preparación de perlas de negros de humo por vía húmeda y por lo tanto todos y varios anteriores a ellos emplean agua, pero debido a la dificultad encontrada para lograr una humidificación adecuada del negro de humo velloso (hollín) se han propuesto varias alternativas como son las citadas en los (tres) expedientes anteriores". Apunta en seguida el dictamen esta aclaración: "Es en consecuencia necesario dejar sentado claramente que no es ni el hecho de la elaboración de las perlas en sí mismo, ni el uso del agua como vehículo para su elaboración la que se protege o ampara en ninguno de los tres casos que nos ocupan, *sino de los aditivos y los medios de operación que conducen a un producto de características específicas*". Esta aclaración de los peritos, especialmente en la parte destacada, es de capital importancia para elucidar el asunto *sub júdice*.

El peritazgo sintetiza acto seguido las invenciones presentadas a la Superintendencia en los tres citados expedientes en esta forma: "En el expediente 101323, el agente que permite la aglutinación del negro de humo velloso con el agua, es óxido de silicio, sílice o SiO2 (la arena es un ejemplo de este tipo de silicio) que por ser un material poroso permite la absorción del negro de humo y del agua, con lo cual se pueden formar las perlas de negro de humo, pero son productos que no son 100% puros y que por lo tanto su capacidad de tinción (en tintas), su poder conductor de electricidad, su fortaleza, etc., es menor que la del negro de humo velloso, aun cuando se facilite su manejo. En el expediente 118401, la mezcla íntima del negro de humo velloso con el agua bien sea esta pura o con la presencia de un absorbente o de un aglutinante se logra mediante el diseño de un aparato que pone en contacto el negro de humo y el agua por sistema de contra-corriente, es decir, un proceso en el cual el negro de humo entra en un sentido (por ejemplo, de abajo hacia arriba), y el líquido humectante entra en sentido contrario (de arriba hacia abajo). Este es un proceso que puede realizarse en forma continua, o en una sola etapa de mezcla. En el expediente 136239, que es el caso en discusión, la formación de las perlas de humo se logra controlando la cantidad de agua (que es siempre menor que la necesaria para formar las perlas) que se mezcla inicialmente y el régimen a que se hace este mezclado (es decir, la velocidad, la presión y la dirección a que se hace esta mezcla) y agregando en una segunda etapa, la cantidad de agua que falta para formar las perlas. Estos procesos son todos de tipo físicoquímicos producción de coloides, en los cuales las características del producto final dependerán tanto de los materiales

empleados como de los sistemas y etapas utilizados en su mezcla. *Por lo tanto los tres procesos mencionados son tecnologías diferentes que no se interfieren y que representan etapas tecnológicas que mejoran los procesos industriales y/o los productos finales obtenidos en ellos*" (Subrayas de la Sala).

Por apuntar al meollo del asunto *sub exámine*, a continuación se transcriben la pregunta I propuesta en el cuestionario a los expertos y la correspondiente respuesta de estos:

"I. Digan los señores peritos si la relación que aparece a continuación es exacta y resume debidamente las materias en ella mencionadas: 1.00 *Asunto:* El expediente número 136239 de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio (que culminó negativamente para la solicitud de Cabot Corporation con las Resoluciones aquí atacadas, observa la Sala), contiene los documentos de la solicitud de patente presentada en nombre de Cabot Corporation el 13 de noviembre de 1972, para el invento que tiene por título: 'Preparación de negros de humo en perlas'. En el expediente citado existen, como dictámenes periciales sobre patentabilidad del invento de que trata la solicitud, primero, el concepto número P-1341 de la Oficina Técnica de Patentes', fechado el 5 de septiembre de 1977; y en segundo lugar, el concepto número P-10098, de la misma Oficina, fechado el 6 de julio de 1978. Ambos conceptos recomendaron negar la solicitud, al considerar que el invento carece de novedad, en vista de las referencias citadas contra su patentabilidad. Este es el asunto que se somete para su aclaración". La respuesta de los técnicos fue: "Sí, el expediente 136239 contiene en efecto los documentos de la solicitud de patente presentada por Cabot Corporation para el invento 'preparación negro de humo en perlas', los conceptos de la oficina 'técnica' de Patentes número P-1341 del 5 de septiembre de 1977 y número 10098 de la misma oficina del 6 de julio de 1978 que recomiendan ambos negar la patente solicitada por carecer de 'altura inventiva dado que existen como antecedentes la Patente colombiana número 15961 otorgada el 28 de agosto de 1967 a favor de Philips Petroleum Company tramitado en el expediente 101323. En ella se especifica que la invención amparada consiste en reemplazar las melazas, usadas convencionalmente como aglutinante por silice suspendida en un medio acuoso. En el *expediente 136239* también se reconoce la existencia de procesos anteriores para conformar las perlas de negro de humo. Por otra parte *se expone en este expediente un invento consistente en* mezclar íntimamente en una primera etapa el negro de humo velloso y una porción del agua necesaria para la formación de perlas a elevado régimen de corte hasta que se obtiene una mezcla homogénea antes de la formación de las perlas 'y adicionar el resto del agua en una segunda etapa', *que es el invento negado por la Superintendencia, que ahora se discute y que no tiene relación alguna con la patente número 15961 aducida por el examinador en el primer informe. También es cierto que la forma de mezclado es crítica en las propiedades finales obtenidas en las perlas de negro de humo y es lo que constituye la materia del invento de la solicitud negada (número 136239)*, y que en ella no se menciona el uso de ningún aglutinante, como tampoco se menciona en la patente 15961 el concepto de adicionar el agua por etapas y someter la sus-

pensión acuosa a un elevado régimen de corte entre 3.500 a 6.500 R. p.m." (Subrayas fuera del texto).

De modo semejante se anotan la pregunta XXX y su absolución, así: Cuestión: "...si el procedimiento para formar pelotillas de negro de humo expuesto en la descripción contenida en el expediente número 101323 sugiere, automática y evidentemente, el procedimiento de preparación de negro de humo en perlas descrito y reivindicado según las especificaciones contenidas en el expediente número 136239". Respuesta: "No; las enseñanzas del expediente 101323, no sugieren en ningún momento el procedimiento de negro de humo en perlas enseñado en el expediente 136239".

Para despachar en el fondo el proceso en referencia no es menester acotar otros aspectos contenidos en el dictamen pericial producido en el proceso reconstruido, por cuanto dados los hechos examinados, los razonamientos expuestos, la claridad conceptual y las deducciones que estructuran y comporta dicho informe científico, se lo ha de tener, como en efecto lo tiene la Sala, como pieza de completa eficacia probatoria que comunica la convicción suficiente para adoptar la decisión que en derecho y en justicia apareja el caso debatido.

De lo apuntado, la Sala concluye: La "invención" de que trata el expediente administrativo número 136239 de Cabot Corporation, sí es nueva y por ende no se halla comprendida dentro del "estado de la técnica" y el procedimiento presentado a la administración por la actora en búsqueda de la respectiva patentabilidad para la "preparación de negros de humo en perlas" tiene "altura inventiva", por lo cual, agregando a lo anotado la comprensión que del voquible "invención" trae la vista fiscal de fondo, los actos administrativos acusados se encuentran en situación de quebranto de los artículos 535 y 536 del Código de Comercio, lo mismo que de los preceptos 1º y 2º de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 549 de aquel *códice*, transgresión esta última consistente en que los actos demandados carecen de la debida motivación, en la forma indicada por el colaborador del Ministerio Público. En consecuencia, se decretará la nulidad de los actos atacados y se dispondrá el pertinente restablecimiento del derecho conculcado.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, por su Sección Primera, en consonancia con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Son nulos los actos administrativos contenidos en las Resoluciones números 3360 de 24 de octubre de 1979 y 528 de 25 de mayo de 1982, originarias de la Superintendencia de Industria y Comercio y del Ministerio de Desarrollo Económico, respectivamente.

Segundo. Como restablecimiento del derecho lesionado y una vez ejecutoriada esta providencia, la Superintendencia de Industria y Comercio concederá a la sociedad Cabot Corporation, domiciliada en

Boston, Massachusetts, Estados Unidos de Norte América, patente de invención para "preparación de negros de humo en perlas", de conformidad con la descripción y las reivindicaciones que obran en el expediente administrativo distinguido bajo el número ciento treinta y seis mil doscientos treinta y nueve (136239) tramitado en aquella dependencia oficial.

Tercero. Como consecuencia de la decisión contenida en los dos puntos que anteceden, la División de Propiedad Industrial de la mencionada Superintendencia expedirá el correspondiente certificado en orden a su publicación en la Gaceta de Propiedad Industrial, para los fines pertinentes.

Cuarto. En orden a su ejecución y cumplimiento (C. C. A., art. 173), en firme esta sentencia comuníquesela con copia íntegra de su texto a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. FUNCIONES (Nulidad).

1. Conceptos emitidos: No son obligatorios (art. 25 del C. C. A.).

2. No es la Contraloría un órgano activo de la administración ni tiene competencia legislativa, ni le puede ser delegada, ni está en condición de interpretar, modificar o dejar sin efecto actos administrativos vigentes, su facultad se refiere al CONTROL NUMERICO LEGAL para verificar la legalidad por el aspecto puramente fiscal (art. 59 de la C. N.).

Declárase la nulidad del concepto C.J. 257 de fecha de agosto 4 de 1983, emitido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República y autorizado por el señor Contralor General de la República en la parte que dice: "Desde el punto de vista fiscal, es improcedente hacer extensivos a los empleados de la Empresa Puertos de Colombia los beneficios pactados en convenciones colectivas de trabajo".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 16. Actor: Edgardo Caicedo Rivas. Autoridades Nacionales.

Edgardo Caicedo Rivas, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad presentó demanda ante esta Corporación, para solicitar la nulidad del concepto C.J. 257 del 4 de agosto de 1983, expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, autorizado por el Contralor General de la misma, en el aparte que dice: "Desde el punto de vista Fiscal, es improcedente hacer extensivos a los empleados públicos de la Empresa Puertos de Colombia, los beneficios pactados en convenciones colectivas de trabajo".

Los hechos que sirven de fundamento a la acción, las normas violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 12 a 22 del expediente.

La demanda fue admitida mediante auto de 7 de febrero de 1986, en el cual se decretó la suspensión provisional del aparte anteriormente transcrito contenido en el Oficio número C.J. 257 de 4 de agostc

de 1983, expedido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Este auto fue confirmado por la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia de 21 de mayo de 1976, que desató el recurso de súplica interpuesto por la Contraloría General de la República.

Corridos los traslados de rigor para alegar, el apoderado de la Contraloría General de la República presentó el escrito que obra en autos y la Fiscalía Quinta de la Corporación se pronunció en forma favorable a las súplicas de la demanda, folios 64 a 68 en el siguiente sentido:

"En general los conceptos emitidos por funcionarios administrativos no son de obligatorio cumplimiento ni comprometen la responsabilidad de las entidades a las cuales ellos pertenecen, al tenor de lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo".

"Con anterioridad a esta norma ya el honorable Consejo de Estado había sostenido igual principio respecto de los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República que fueran refrendados por el Contralor".

"Es así como en sentencia de 29 de agosto de 1978 declaró nula la Resolución número 06426 de 1976 en cuanto ella dispuso que tales conceptos tuvieran carácter obligatorio".

"Sin embargo parece ser que en la Resolución orgánica número 08681 de 12 de marzo de 1981 se reprodujo el acto anulado, como se desprende del texto completo del concepto C.J. 257 de 4 de agosto de 1983, acusado en la parte ya indicada".

"Este texto y el documento que obra al folio 10 del expediente muestran sin lugar a dudas, que la Contraloría decidió aplicar de modo general y con carácter obligatorio el mencionado concepto".

"Es esta circunstancia la que lo hace susceptible de ser demandado en acción de nulidad ante esta jurisdicción, como lo prevé el inciso final del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo".

"Pero para examinarlo como lo plantea el libelo, no en su contenido mismo para establecer si es acertado o no el parecer de la Oficina Jurídica, sino por el aspecto de la competencia para emitirlo, teniendo en cuenta la órbita de las funciones de la Contraloría".

"Esta realmente ha sido delimitada por la Constitución y la ley en disposiciones que la jurisprudencia ha analizado en diferentes ocasiones para concluir en numerosas sentencias, y entre otras la ya citada, que no es la Contraloría un órgano activo de la Administración ni tiene competencia legislativa, ni le puede ser delegada, ni está en condición de interpretar, modificar o dejar sin efecto actos administrativos vigentes".

"Ha sostenido pues la reiterada jurisprudencia que las funciones administrativas de la Contraloría no van más allá de las inherentes a su propia organización, y que si bien es cierto le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, esta facultad se refiere al control numérico legal para verificar su legalidad por el aspecto puramente fiscal no estando habilitada para discutir o con-

trovertir el acto administrativo que da origen al gasto y que pretende ejecutarse a través de una orden de pago, pues ello equivaldría a una intromisión en la actividad propia de la Administración y aún en la de los jueces, pues a ellos exclusivamente ha sido encomendado el control de los actos administrativos".

"Así pues, independientemente de que el texto acusado constituya o no una correcta interpretación de las normas constitucionales y legales; independientes de que el Acuerdo de la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia infrinja o no artículos de la Constitución tales como el 207, citado en el alegato de conclusión de la Contraloría, es preciso admitir que esta entidad excedió la órbita de su competencia al expedir el concepto acusado y darle carácter obligatorio, desconociendo un acto administrativo vigente, es decir el Acuerdo 963 de 10 de noviembre de 1983 expedido por la Junta Directiva de Puertos de Colombia que debía respetar al tenor de lo dispuesto por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo".

"Lo procedente era acusar ante la jurisdicción dicho acto y esperar la decisión judicial, mas no impedir su aplicación mediante un concepto de la Oficina Jurídica".

Ahora bien: De acuerdo con el artículo 59 de la Constitución Política, "la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley. La Contraloría no ejercerá funciones *administrativas distintas a las inherentes a su propia organización*".

Lo anteriormente transcrito es suficiente para concluir que el concepto emitido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República y autorizado por el señor Contralor General de la misma, extralimita la función contralora de la gestión fiscal de la administración, porque la ha llevado a cambios esencialmente administrativos, o en otras palabras la Contraloría resolvió entrometerse en ámbitos que no son de su incumbencia.

Sobre este particular el Consejo de Estado y en casos similares al presente ha tenido oportunidad de pronunciarse entre otros, en sentencia de 5 de noviembre de 1979, proceso número 2896, y recientemente en auto de 28 de julio del año en curso, Sección Primera, de las cuales es procedente destacar los siguientes apartes:

"A la Contraloría le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la Administración activa (art. 59 de la C. N.). Una de las modalidades que ofrece esa vigilancia es el llamado 'control previo', que le permite a la Contraloría verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto. Por consiguiente, es perfectamente claro que el punto de referencia de tal control no puede extenderse a normas reguladoras de actividades diferentes a la del gasto mismo, como serían por ejemplo, las disposiciones que gobiernan la actividad administrativa generadora del gasto".

"El control numérico legal, previo al gasto, surge frente a una orden de pago, para verificar su legalidad por el aspecto puramente

fiscal y no habilita al órgano que lo ejerce para discutir o controvertir el Acto Administrativo que pretende ejecutarse a través de la orden de pago, pues esto equivaldría a una intromisión en la actividad propia de la Administración".

"..."

"Pero cuando el Oficio número CJ-00032 de febrero de 1978 (la Oficina Jurídica) dice: 'El señor Auditor ante el Ministerio de Obras Públicas y Transportes debe abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos que se hagan por concepto de mora en el pago de actas de obra entregada, porque la Administración carece de facultades legales para convenir y reconocer tales reajustes', no está (se refiere a la Contraloría General) simplemente buscando la correcta ejecución de transacciones, operaciones, actos o documentos o que se verifique el cumplimiento de las leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos, sino que está asumiendo funciones distintas de las relativas al control numérico legal y, por tanto, contrariando el artículo 59 de la Carta: Implica un juicio jurídico sobre la competencia del Ministro de Obras Públicas en relación con la materia a que se refiere".

Finalmente al hacer la confrontación correspondiente entre el aparte ya transcrito y el acto acusado, forzoso es concluir que la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, como ya se dijo en providencia de folios 27 a 29, "desconoció abiertamente un acto administrativo de superior jerarquía que no ha sido anulado o suspendido por esta jurisdicción", camino este que era el indicado y que ha debido tener en cuenta la Contraloría General de la República.

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,

Resuelve:

Declárase la nulidad del concepto C.J.257 de fecha 4 de agosto de 1983, emitido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República y autorizado por el señor Contralor General de la República, en la parte que dice: "Desde el punto de vista fiscal, es improcedente hacer extensivos a los empleados públicos de la Empresa Puertos de Colombia los beneficios pactados en convenciones colectivas de trabajo".

Cópiese, notifíquese y archívese.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 21 de agosto de 1987.

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

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

CARRERA ADMINISTRATIVA. TRASLADO. ASCENSO. Diferencias.

CARRERA ADMINISTRATIVA. ASCENSOS SE DETERMINAN POR CONCURSO.

Este es el presupuesto fáctico exigido por la ley para participar del fuero de estabilidad que da la Carrera. Artículo 222 Decreto reglamentario 1950 de 1973.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: Doctor José Alberto Roldán B., Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 1427. Reconstrucción. Unica instancia. Actor: Daniel Eduardo Ronderos Tobón.

El doctor Daniel Eduardo Ronderos Tobón, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagra el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo anterior, demandó la nulidad de la Resolución número JD-038 del 21 de septiembre de 1982 (fl. 24), expedida por la Junta Directiva de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales, para que, a título de restablecimiento del derecho, se disponga su reintegro a dicho cargo o a otro de igual categoría, el pago de los sueldos, gastos de representación y demás emolumentos dejados de percibir, como si no hubiese existido solución de continuidad en la prestación de los servicios. Subsidiariamente solicita que se ordene su reintegro al cargo de Profesional III, Grupo 10, o a otro de igual o superior categoría, con el pago de sueldos y demás haberes, como si no hubiese existido solución de continuidad entre la desvinculación y el reintegro, "pero como funcionario de carrera administrativa" (fls. 6-22).

Cuarenta y tres son los hechos en que el actor funda sus pretensiones y que, en el alegato de conclusión, se resumen así:

> "Mi poderdante trabajó durante más de quince (15) años en la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (TELECOM), ocupando diferentes posiciones en la empresa, tal como lo demuestra su extraordinaria hoja de vida. Allí en el curso de esos años, para

1972, por haber observado los requisitos de ley, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, por Resolución número 1049 de noviembre 3 de 1972, le inscribió en el Escalafón de la Carrera Administrativa en el cargo de profesional III-10. Posteriormente, mi poderdante fue trasladado y ascendido a distintos cargos, hasta alcanzar el de Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales. En ejercicio de dicho cargo, la Junta Directiva, por medio del acto acusado, declaró insubsistente su nombramiento. Inmediatamente después, la Presidencia de la empresa nombró a mi poderdante en el cargo de Profesional III, Código 1084, Categoría Z, de la Vicepresidencia de Operaciones, el que no fue aceptado por desmejorar su situación desde el punto de vista salarial y por sobretodo porque al aceptar la declaratoria de insubsistencia, acompañada del nuevo nombramiento, perdía su status de funcionario de Carrera Administrativa y quedaba convertido en funcionario de libre nombramiento y remoción" (fl. 1).

Como normas violadas, se invocan los artículos:

"Artículos 2, 17 y 20 de la Constitución Política; artículos 62, 66 y 67 de la Ley 167 de 1941; artículos 26, 46, 47 y 61 Decreto-ley 2400 de 1968; artículos 30, 31, 32, 108, 109, 215, 240, 241 y 242 del Decreto reglamentario número 1950 de 1973" (fl. 13).

El concepto de la violación se expone bajo los títulos: "Los límites de los poderes públicos. El desvío de poder y la falsa motivación, los vicios de forma, la violación de la ley".

Los criterios expresados bajo estos títulos se sintetizan en los siguientes párrafos, en su orden:

"...mi poderdante era funcionario de carrera administrativa, de donde resulta contrario a la Constitución y a la ley, su remoción discrecional por las autoridades de TELECOM. Pero aun cuando se considerara a mi poderdante en gracia de discusión como funcionario de libre remoción, esa facultad, como hemos visto, no puede conducir a la arbitrariedad, sin violar los principios constitucionales y legales que gobiernan la materia" (fl. 14).

...

"En el caso *sub júdice*, observamos: De una parte, a mi poderdante se le declara insubsistente del cargo de Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales, por presuntas razones de buen servicio, mediante la Resolución acusada; por otra parte, mediante la Resolución número 5530 de 21 de septiembre de 1982, de la misma fecha de aquella que declara la insubsistencia, emanada de la Presidencia de la empresa, se nombra a mi poderdante en el cargo de Profesional III, Categoría Z, escala ETP-01. Es aquí donde aparece nítidamente el desvío de poder, por varios conceptos:

a) Si existían reales razones de buen servicio que aconsejaran la desvinculación de mi poderdante como funcionario de TELECOM, no se explica que al tiempo que se declara la insubsistencia de su nombramiento, se le revincule a la empresa, en otro cargo

como profesional, con la máxima categoría, a menos que las presuntas razones de buen servicio no existieran;

b) Los dos hechos anteriores demuestran que el procedimiento de la declaratoria de insubsistencia se utilizó desviadamente, no para satisfacer necesidades de buen servicio sino para evitar la utilización de la figura de traslado. De allí resulta una doble violación de normas de superior jerarquía: Se violó el artículo 26 del Decreto-ley 2400 de 1968, al declararse una insubsistencia sin que existieran razones de buen servicio, sin tener en cuenta la violación adicional de que siendo mi poderdante funcionario inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, debió observarse el procedimiento previsto en la ley para su declaratoria de insubsistencia; se violó también el artículo 30 del Decreto 1950, por omisión, al pretermitirse el procedimiento allí previsto y, además, por cuanto con un traslado encubierto, se desmejoró la situación de mi poderdante al convertirlo de funcionario de carrera en funcionario de libre nombramiento y remoción. Puede así mismo afirmarse que al no existir las razones de buen servicio que exige la declaratoria de insubsistencia, dicho acto de declaratoria de insubsistencia quedó viciado por otro concepto: Falsa motivación".

...

"Los funcionarios de carrera administrativa, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 del Decreto 2400 de 1968, gozan del derecho de permanecer en el servicio público, siempre que cumplan con lealtad, eficiencia y honestidad los deberes públicos. Ese derecho a permanecer en el servicio, que se deriva de la carrera, no se pierde en el evento de traslados, según lo previsto por el artículo 31 del Decreto 1950. De lo dicho debe concluirse que mi poderdante, funcionario de carrera administrativa, al ser trasladado a otros cargos en la empresa, conservó los derechos que emanan de la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa".

...

"De manera que la reincorporación inmediata que la Administración quiso, mediante la Resolución número 5530 de septiembre 21 de 1982 al nombrarlo en el cargo de Profesional III, Código 1084, Categoría Z, es la Vicepresidencia de Operaciones, preservaba aparentemente sus derechos, pero realmente los vulneraba, pues de funcionario de carrera administrativa pasaba por virtud de la declaratoria de insubsistencia y su reincorporación inmediata a la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción" (fls. 13 a 17).

La parte opositora argumenta que "el demandante no fue escalafonado en la carrera administrativa en el cargo de Vicepresidente, sino en el de Profesional III-10, por lo cual sin mayores disquisiciones jurídicas o filosóficas es obvio concluir que el acto administrativo de insubsistencia no vulneró ningún derecho laboral y menos ninguno reconocido en la inscripción y escalafonamiento de la carrera administrativa" (fl. 211).

Y agrega:

"Si el funcionario se consideraba desmejorado en su condición laboral debió presentarse al trabajo en el cargo en el cual se le designó y esperar el resultado de su demanda jurisdiccional en la que se le dispusiera el restablecimiento del derecho conculcado en el evento de que el honorable Consejero así lo encontrare, o se le mantuviera en el cargo nombrado, si no prosperaba su acción. El demandante resolvió 'renunciar', o 'no aceptar' el nombramiento y no presentarse tampoco a trabajar, configurándose además de un abuso, la cesación definitiva de funciones (retiro de la carrera administrativa) por acaecimiento del numeral 8º del artículo 105 del Decreto 1950 citado, en conformidad con lo previsto en el artículo 239 del mismo cuerpo legal" (fl. 212).

Por haberse destruido en el Palacio de Justicia, el proceso fue reconstruido según las previsiones del Decreto 3825 de 1985.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalida la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

Por Resolución número 1049 del 3 de noviembre de 1972 es inscrito el actor en el escalafón de la Carrera Administrativa para el cargo de "Profesional (Ingeniero Electrónico) III-10" (fls. 112-113).

Años después y tras haber desempeñado los cargos de Asistente II, Director de Oficina Aseguradora y Asistente Ejecutivo, es nombrado Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales, a partir del 14 de septiembre de 1981 (fl. 56).

En escrito de septiembre 14 de 1982 dirigido al Jefe de la Sección de Escalafón y Seguimiento del Departamento Administrativo del Servicio Civil, la doctora Nora Mendoza Hoyos, Consejero asesor de esta entidad, certifica que el accionante aparece inscrito en el escalafón de carrera administrativa en el cargo de Profesional (Ingeniero Electrónico) III-10 y que, revisada la documentación correspondiente, "se concluye que los ascensos a los cargos de Asistente II en la Vicepresidencia Financiera y Director de la Oficina Asesora de Planeación, no se efectuaron a través de concurso" y que "otro tanto puede predicarse del cargo de Vicepresidente de esa entidad" (fl. 42).

En respuesta a una comunicación del actor fechada en junio 23 de 1982, la Jefe de la División de Selección del citado Departamento Administrativo manifiesta a aquél en septiembre 21 que, "revisada la documentación que figura en su expediente administrativo y en especial la constancia del Jefe de Sección de Registro de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, fechada el 20 de agosto de 1982, se concluye que los ascensos a los cargos de Asistente II en la Vicepresidencia Financiera, Director de la Oficina Asesora de Planeación y de Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales, no se efectuaron a través de concurso" y que "la consideración anterior imposibilita al Departamento para actualizar su escalafón en la carrera administrativa en los citados empleos" (fl. 41).

El día 21 de septiembre de 1982 se profiere el acto acusado (fl. 24), en virtud del cual la Junta Directiva de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones declara insubsistente al actor como Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales. En la misma fecha se dicta la Resolución número 034000-5530, por la que se le nombra en el cargo de Profesional III, Código 1084, Categoría Z (fl. 26).

En la demanda, se alega como hecho fundamental, que el accionante era funcionario de carrera al momento de la desinvestidura de Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales y que, por consiguiente, su remoción discrecional resulta contraria a la Constitución y a la ley. Sin embargo, no acredita el actor el haber llegado a este cargo por concurso, que es el presupuesto fáctico exigido por la ley (inciso segundo, art. 222, Decreto 1950 de 1973), para obtener el fuero de estabilidad que da la carrera, entendido como el derecho de "permanecer en el servicio" cuando se es ascendido por mérito, de *acuerdo con los reglamentos de la carrera* (art. 46, Decreto 2400 de 1986). Luego, cuando, como en el *sub lite*, un empleado llega a ejercer, sin el previo cumplimiento de los requisitos legales, un cargo de superior categoría a aquella en que está inscrito en el escalafón, mal puede alegar un fuero que la ley no le otorga, por cuanto el ascenso no se operó conforme a derecho. El acceso a su cargo de carrera no significa, en manera alguna, que el fuero se mantenga en posiciones diferentes.

La relativa inamovilidad del empleado es inherente al cargo y a la categoría en que se encuentre inscrito en el escalafón. Por lo tanto, ella no se trasmite al cargo superior, así sea el inmediato, pues tal cosa es extraña a la naturaleza de la carrera administrativa, que prescribe que el ingreso, permanencia y ascensos en los empleos, se harán exclusivamente con base en el mérito (art. 40, Decreto 2400 de 1968) y mediante concurso u oposiciones (art. 181, Decreto 1950 de 1973).

En un caso similar, la Sala precisó:

> "Frente a los elementos de juicio acotados, la demandante demostró su inscripción dentro del escalafón de la Carrera Administrativa como Jefe de Sección IV-23. En tales circunstancias, bien podía la administración ocuparla en cargos de igual o superior categoría sin desmejorar sus condiciones salariales. Pero el hecho de asignarle un cargo de superior categoría no le otorgaba ningún amparo de estabilidad con relación a dicho cargo, mientras no concursara y obtuviera la inscripción en el escalafón de la Carrera Administrativa correspondiente a esa posición" (Sentencia de enero 31 de 1979, Expediente número 2983. Actor: Rebeca Díaz Serrato. Ponente doctora Aydée Anzola Linares).

Esta jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples fallos.

Por otra parte, ha de observarse que, *en tratándose de movimiento de personal en servicio*, no es correcto, como lo pretende el demandante, identificar la figura del *traslado* con la del *ascenso*, fenómenos jurídicos diferentes, sometidos a normatividad también diferente.

Por el traslado no se accede a una categoría superior: Al contrario, se sigue en la misma y para desempeñar un cargo de funciones afines

y que requiera condiciones mínimas similares (art. 29, Decreto 1950 de 1973). En este caso, como es obvio y lo señala la ley, "el funcionario de carrera trasladado conserva los derechos derivados de ella" (art. 31, *ibidem*).

En cambio, *el ascenso* implica, por definición, dejar una categoría inferior para llegar a otra superior, con nuevas funciones, mayor dignidad y ciertamente mayor remuneración. Pero una cosa es el desempeño de un cargo de mayor jerarquía y otra muy distinta el ingreso en la carrera, por cuanto a ella no se llega por el simple hecho de la designación y el ejercicio del empleo.

Por manera que ni siquiera los funcionarios escalafonados en nivel inferior quedan exentos de llenar los requisitos específicos exigidos por las normas y los reglamentos para el cargo al cual aspiren o se les haya ascendido, pues, como antes se anotó, *el concurso* correspondiente es condición *sine qua non* de ingreso a la carrera administrativa en el nuevo cargo.

Igualmente ha de decirse, dentro de este orden de ideas, que el advenimiento de una persona a un cargo de carrera no le comunica *ipso facto* la calidad de empleado de carrera, por cuanto la sola designación seguida del ejercicio del cargo no tiene la virtualidad de despojar a la autoridad nominadora de la facultad de remoción discrecional, dado que para ingresar a la carrera se requieren condiciones que deben cumplirse previamente. Si ello no ocurre, la condición laboral es la de un simple empleado de libre remoción.

Se dice en el hecho 36 de la demanda:

> "El 19 de agosto de 1982, el Jefe del Departamento Administrativo Servicio Civil (E) le comunicó a mi poderdante que el cargo de Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales no era de libre nombramiento y remoción sino de carrera administrativa" (fl. 12).

Esta afirmación está corroborada por el documento visible a folio 161. Pues bien, si el cargo de Vicepresidente de la empresa no es de libre remoción sino de carrera y el actor lo ejerció, como en efecto lo hizo, sin el lleno de los requisitos que exige el ingreso a la carrera, resulta obvio que no tenía ningún amparo de estabilidad en ese cargo. Luego con el acto acusado se procedió dentro de los cauces legales que consagran la facultad discrecional de la Administración respecto de los empleados de libre remoción, quienes pueden ser declarados insubsistentes por la autoridad nominadora sin sujeción a los procedimientos establecidos en la ley o reglamento para los empleados inscritos en la carrera. No se extralimitaron, pues los poderes públicos como sostiene el accionante.

En cuanto al desvío de poder y a la falsa motivación, que se hacen consistir principalmente en que, por un lado se dicta la Resolución JD-038 el 21 de septiembre de 1982, declarando insubsistente al actor en el cargo de Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales y, por el otro, el mismo día se dicta la 034000-5530, nombrándolo en el cargo de Profesional III, Código 1084, Categoría "Z", no es cierto que

se configuren en cuanto tales actos "demuestran que el procedimiento de la declaratoria de insubsistencia se utilizó desviadamente, no para satisfacer necesidades de buen servicio sino para evitar la utilización de la figura del traslado", según supone el accionante (fl. 15).

En efecto, las resoluciones en referencia son dos actos diferentes y autónomos, con contenido propio y sin ninguna relación de dependencia mutua.

En consecuencia, la pretensión principal de la demanda, esto es la de reintegro al cargo de Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales, ha de negarse.

En cuanto a la petición subsidiaria de reintegro al *cargo de profesional III, Código 1084, categoría "Z"*, a que se refiere la Resolución 034000-5530 del 21 de septiembre de 1982, se tiene que, como lo admite el actor en el hecho 43 de la demanda (fl. 12), el nombramiento no fue aceptado, de manera que, ante esta circunstancia, resulta inconducente la pretensión de reintegro a un empleo que, por no haber sido aceptado, no llegó a ejercerse. Por lo tanto, no es procedente acceder a la pretensión que en este sentido formula el accionante.

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

Falla:

1. Deniéganse las súplicas de la demanda.

2. Tiénese al doctor Luis Eduardo Botero como apoderado sustituto del actor y para los efectos de que trata el memorial de folio 280.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día trece (13) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

TIERRAS. DECLARATORIA DESCRIPTIVA DE INMUEBLES ENTRE 100 Y 500 HECTAREAS. ARTICULO 22 DE LA LEY 135 DE 1961 (NULIDAD).

Competencia:

1. Definición doctrinal.

2. Normas que lo fijan.

3. Improcedencia de cualquier delegación de potestades, salvo que medie autorización legal expresa.

4. Actos administrativos dictados por quien invade. Competencia. Consecuencia.

Decrétase la nulidad de las expresiones "dentro del plazo que fije el artículo 1º" y "dentro del término de tres meses contados a partir de la publicación del presente acuerdo en el diario oficial", contenido en el artículo 6º ambas del Acuerdo número 3 de febrero 22 de 1971 proferido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 4989. Acción de simple nulidad. Actor: Señor: Bernardo Carreño Varela.

I

El doctor Bernardo Carreño Varela, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó, en demanda presentada el día 24 de octubre de mil novecientos ochenta y seis, que se declare que "... son nulas las expresiones "dentro del plazo" que figura en el artículo 1º y "dentro del término de tres meses, contados a partir de la publicación del presente acuerdo, en el diario oficial" contenido en el artículo 6º, ambos del Acuerdo número 3 de 1971 dictado por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcriben a continuación los apartes pertinentes del referido escrito: En él se lee:

"El artículo 22 de la Ley 135 de 1961 —que ha resistido incólume el paso de las Leyes 1ª de 1968 y 4ª de 1973, e incluso el nuevo proyec-

to— dispuso que los propietarios de fundos rurales debían denunciar sus predios ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

"2º Tal denuncia se haría, a medida que el Instituto estuviera en capacidad de hacer los estudios correspondientes, según el tamaño de los predios, e indicando una serie de datos que el INCORA determinaría en la reglamentación. De paso: acusado este artículo de inconstitucional por deferir el reglamento del INCORA, fue declarado exequible; en la sentencia se dijo (la jurisprudencia de la Corte dice hoy lo contrario) que el INCORA, en esos "reglamentos" sí podía establecer los datos que debía suministrar el propietario.

"3º El segundo inciso del parágrafo del artículo citado, dijo:

"Tanto la fecha en que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria reglamente esta disposición como aquella en que los propietarios de extensiones menores a las previstas en el inciso 1º de éste artículo deban cumplir con las obligaciones en él consignadas, *serán fijadas por providencia del Gerente del Instituto* y ampliamente divulgadas". (Subrayo).

"4º El 22 de febrero de 1971 la Junta Directiva del INCORA dictó el Acuerdo número 3 "por el cual se reglamenta la declaración descriptiva sobre predios rurales de extensión comprendida entre cien (100) y quinientas (500) hectáreas".

"En su artículo 1º dijo que los obligados a presentar esa declaración debían hacerlo en la forma, (lo que, creo, es legal) y *en el plazo* (lo que es ilegal) fijados en el acuerdo. Y en el artículo 6º dijo que ese plazo era "de tres meses contados a partir de la fecha de la publicación" del acuerdo en el Diario Oficial.

"5º El Acuerdo fue publicado en el Diario Oficial número 3197, correspondiente al 28 de agosto de 1971".

"Derecho"

"2. 1. *Normas violadas*

"2. 1. Se violó, por expedición irregular, el 2º inciso del parágrafo del artículo 22 de la Ley 135 de 1961; los literales c y d del artículo 14 del Decreto 3177 de 1961; los literales d y e (especialmente este último) del artículo 16 del mismo decreto; el Decreto 3337 de 1961, aprobatorio de los estatutos del INCORA, en los siguientes textos de dichos estatutos, literal w del artículo 30; y numeral 29 del artículo 42.

"Y todas aquellas normas que las complementen, modifiquen o aclaren.

"2. 2. *Razones*

"El artículo 22 de la ley agraria, como queda dicho, fue demandado, por supuesta inconstitucionalidad, ante la honorable Corte, que lo declaró exequible en sentencia del 22 de diciembre de 1964, cuyas palabras son (copiadas de la 'Expropiación en el Derecho Colombiano', publicación de INCORA, Bogotá, 1965, pág. 132):

"Afirma el demandante —y con él el Procurador que es inconstitucional este precepto por cuanto confiere al Instituto facultad para reglamentar una disposición legal, facultad que pertenece privativamente al Presidente de la República según ordinal 3º del artículo 120 de la Carta.

"El término 'reglamente' que se contiene en el inciso 3º del artículo 22 de la Ley 135 de 1961 no tiene evidentemente la significación que constitucionalmente le corresponde, cual es la que implica la facultad reglamentaria atribuida por el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, al Presidente de la República. Y que esto es así lo está indicando el hecho de que el Gobierno, en ejercicio de la facultad que le compete, ha venido dictando los correspondientes decretos reglamentarios, tales como los distinguidos con los números 1241, 1489, 1902, 1904, 2223, todos en 1962.

"La facultad que el inciso confiere al Instituto no es la de reglamentar la ley, que es función privativa del Presidente, como se ha dicho; es la potestad de dictar los Acuerdos, Resoluciones o Reglamentos de orden interno para llevar adelante y dar aplicación práctica a las normas de la ley y sus decretos reglamentarios, tal como corresponde hacerlo a todo establecimiento público, Ministerio o Departamento Administrativo, con el fin de ordenar el desarrollo de sus labores, órbita extraña a a facultad reglamentaria propiamente dicha.

"Entendida así la disposición, y no podría interpretarse de otra manera, es claro que ella no pugna con ninguna norma constitucional".

"Ahora bien: qué debe contener esa denuncia? La ley dice 'todos los datos y explicaciones que el Instituto determine' y la honorable Corte declaró que esto es constitucional; pero, como atrás hice notar, la jurisprudencia varió en ese punto, pues ahora sostiene que esos requisitos deben fijarse por ley. Pero ese es otro asunto.

"Pues bien: el reglamento consideró que la determinación de esos requisitos correspondía a la Junta Directiva; aún cuando el texto legal que autoriza el Gobierno por medio de los estatutos a fijar las funciones de Junta y Gerente (Ley 135 de 1961, art. 5º) no sea muy ortodoxo frente a la Constitución (tal como regía en 1961 y 1962), los Decretos 3177 y 3377 de 1961, los entendieron así y dijeron:

"Decreto 3177 de 1961, literal (c) del artículo 14.

"Son funciones de la Junta Directiva:

"Dictar, con sujeción a la ley y a los Decretos reglamentarios normas de carácter general para la administración y disposición de baldíos nacionales; disponer la constitución de reservas o sustracción de tal régimen; ampliar o reducir las extensiones adjudicables; reglamentar la ocupación de tierras, según el régimen ordinario o de colonizaciones dirigidas.

"Estatutos del INCORA (aprobados por el Decreto 3337 de 1961), artículo 30, literal w.

"Dictar los reglamentos necesarios de que trata el artículo 22 de la Ley 135 de 1961, y los demás, para el ejercicio de todas aquellas

funciones que así lo requieran, según la citada ley y sus decretos reglamentarios, o que considere conveniente establecer por la naturaleza de las actividades correspondientes.

"Finalmente, la fecha en que tales declaraciones deben presentarse 'serán fijadas por providencia del Gerente del Instituto', como lo dice la ley agraria (art. 22, parágrafo, inciso 2º), y como lo ratifican el estatuto del INCORA (aprobado, como ya se dijo por el Decreto 3337 de 1961), y el artículo 16, literal e) del Decreto 3177, que dicen así:

"Decreto 3177 de 1961, artículo 16: El Gerente General tiene, además las siguientes atribuciones y deberes...

"Cumplir, bajo su pripia (sic) iniciativa y responsabilidad, las funciones encomendadas al Instituto bajo los literales c), d), g) y k) del artículo 3º de la Ley 135 de 1961, y especialmente realizar y mantener al día la investigación sobre posesión económica de las tierras, de que trata el artículo 22 de la misma Ley, y exigir de sus propietarios o poseedores, y de los despachos oficiales, los datos e informes pertinentes.

"Toda esta enumeración está indicando lo que dice, claramente el artículo 22 de la Ley 135 de 196 (sic): Que la fijación de la fecha en que los propietarios deben denunciar sus predios ante el Incora es función del Gerente, quien debe hacerlo por providencia.

"Y como el Acuerdo número 3 de 1971, fue dictado por la Junta Directiva, al fijar el término en que los propietarios deben presentar la declaración, lo que hace en el texto impugnado, invade el campo que la ley fijó al Gerente General, por lo cual ese artículo es nulo, por expedición irregular".

II

Alegato presentado por la parte actora:

A folios 25 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto del alegato presentado por la parte actora, en el cual se hacen las siguientes valoraciones de orden jurídico:

> "La Ley 135 de 1961 ordena a los propietarios de predios denunciarlos ante el INCORA en unas fechas que deben ser señaladas por el Gerente mediante providencias; el propietario que no lo denuncie no puede acudir al Consejo en caso de que el INCORA declare extinguido su dominio —por el acuerdo acusado—, la Junta no el Gerente fijó esas fechas.
>
> "Por ello demandé las partes pertinentes —hoy alego de conclusión—.
>
> "*I. Excepción de falta de competencia.*
>
> "El INCORA ha propuesto excepción de falta de competencia del honorable Consejo, basado en que, según él, el acto demandado:

"'...En el ámbito jurídico carece de toda consecuencia por cuanto el mandato compulsivo en el contenido debió cumplirse y en efecto se cumplió, dada su vigencia en el lapso por él previsto...'

"Tal afirmación no es cierta; entraña una petición de principio, pues dice que como unos propietarios denunciaron sus predios el efecto del acuerdo se cumplió.

"Pues bien: Ocurre que hay otros propietarios que no denunciaron sus predios. La distinguida apoderada del INCORA lo dice:

"'...Casi en su totalidad o más exactamente un elevado porcentaje de propietarios de inmuebles en las extensiones en él señaladas presentaron en forma oportuna su declaración...'

"Y esos propietarios que no la presentaron, pese al vicio de origen y de expedición, pierden el derecho de acudir al Consejo en procura de justicia?

"Examinemos esta posibilidad: El INCORA inicia hoy —pues para ello no hay límites en el tiempo— un proceso de extinción del dominio sobre un predio cuya cabida esté en las que fije el acuerdo; decreta la extinción.

"Puede el propietario —que no hizo la denuncia— acudir al Consejo? Si por no haber hecho el denuncio el propietario no puede acudir a la justicia, el acuerdo tiene efectos jurídicos actuales y futuros. Luego la afirmación de que 'en el ámbito jurídico carece de toda consecuencia' no es cierta. La tiene, y mucha; de su vigencia depende el derecho de defensa de un porcentaje de propietarios que —según confiesa el INCORA— no presentaron el denuncio.

"El honorable Consejo dijo, sobre el particular (Sentencia, diciembre 7 de 1972, Sección Cuarta, Consejero doctor Hernández Sáenz —citada en Diccionario Jurídico—, T. 1, pág. 86, Bogotá, 1982): 'Si, como queda visto, la insubsistencia del acto demandado no siempre dispensa la necesidad de calificar la conducencia de las cuestiones planteadas en un libelo, menos aún puede dispensarla el hecho de que la norma o el acto acusados dejen de producir efectos prácticos si conservan formalmente la existencia jurídica, porque de todos modos su conformidad e inconformidad con los preceptos positivos de rango superior continúa *sub júdice*, y el interés inmanente de que el orden legal sea tutelado hace imperativo que el tema se defina por sentencia, así el acto o la norma impugnados se tengan por obsoletos. La inobservancia o falta de aplicación de un precepto no es sistema adecuado ni aceptado para derogarlo'.

"II. El fondo del asunto.

"El razonamiento de la demanda y el auto que decretó la suspensión provisional me excusan de alegar sobre el fondo; a esas dos piezas me remito para demostrar la ilegalidad alegada.

"Quiero, sin embargo, referirme, brevemente al alegato presentado por el INCORA, en el punto II.

"En el segundo párrafo dice que en la organización del INCORA la más alta categoría la tiene la Junta. No tanto; el INCORA es parte del Ejecutivo y como tal, el Gerente tiene muchas y muy altas funciones de las que conoce la Junta, la que tiene, sólo en casos, poder para aprobar o improbar lo que aquél hace.

"Pero para el caso, es irrelevante; las funciones de una y otro están señaladas por la ley.

"Afirma luego, que ocurrieron muchos hechos; no demostró ninguno; que muchos propietarios declararon sus predios, lo que significa —como dije atrás— que muchos no. Que hubo difusión del acuerdo; no hay ninguna evidencia de que así fuera, pues aún en el caso de lo que afirma la distinguida jurista sea cierto, esa publicidad y esas no le quitan ilegalidad al acuerdo.

"La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley, NO PODRA ALEGARSE EL desuso para la inobservancia NI PRACTICA ALGUNA POR INVETERADA Y GENERAL QUE SEA" (C. C., 8; mayúsculas mías).

"Es decir que se publicaron unos actos ilegales y se hicieron unos denuncios inanes. Pero quien no hizo denuncios, no perdió sus derechos. Que el acuerdo no tiene efectos; sí que los tiene como atrás se vio, y tantos que el INCORA se afana por mantener firme su actuación.

"Que la Junta tiene facultad para dictar los reglamentos; de acuerdo. Así lo dije en la demanda. Pero por ley el Gerente debe fijar, 'la fecha en que el Instituto reglamente esta disposición' y la fecha 'en que los propietarios de extensiones menores... deben cumplir con las obligaciones...' lo dice el inciso 2º del parágrafo del artículo 22 de la Ley 135 de 1961.

"Dice el INCORA que no hay razón para exigir resolución del Gerente; sí la hay; la ley, en el texto que cito en el párrafo anterior, concluye diciendo que esas fechas 'serían fijadas por providencia del Gerente del Instituto'.

"Además: No se trata de saber qué debe hacer el Gerente; se trata de observar que la Junta no tiene esa facultad y por lo tanto cuando la ejerce, lo hace contra la ley y el acto es expedido, 'por funcionarios u organismos incompetentes... o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera'" (C. C. A., art. 84).

III

Alegato presentado por el mandatario judicial del INCORA:

El escrito de la referencia obra a folios 23 y siguientes del cuaderno número 1. En él se hacen consideraciones de orden jurídicc

desde una perspectiva diferente a la del demandante, y se proponen excepciones. En lo pertinente del mismo se destaca:

"*I. Falta de competencia del honorable Consejo de Estado:*

"Si tenemos presente que, de acuerdo con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad de los actos administrativos de orden nacional (art. 128.1) y que se consideran actos administrativos 'las conducidas y las abstenciones CAPACES DE PRODUCIR EFECTOS JURIDICOS' (art. 38) (mayúsculas mías) hemos de considerar, para saber si el honorable Consejo tiene o no competencia para conocer del acto demandado si éste es precisamente capaz de generar uno de tales efectos.

"Pues bien, el acto demandado (algunas expresiones de los artículos 1º y 6º del Acuerdo número 3 de 1971 proferido por la Junta Directiva del INCORA) hacen relación con el señalamiento de *un plazo*, es decir es una medida administrativa que tiene precisos límites en el tiempo. En otras palabras es una providencia *transitoria* que como tal en el período en que tuvo validez y ejecutoriada debió cumplirse (entre el 28 de agosto de 1971 y el 28 de noviembre del mismo año). Lo ordenado en la providencia de la Junta Directiva del INCORA *no* puede de manera alguna cumplirse ahora.

"Tal acto, en consecuencia *carece de vigencia*, lo que es lo mismo: Actualmente no produce efecto jurídico alguno.

"De manera que si el acto demandado, no produce efectos jurídicos, es claro que tal acto no puede ser objeto de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (como es precisamente la impetrada por el actor), de donde se colige que en el caso que nos ocupa el honorable Consejo de Estado *carece de competencia* para conocer de un proceso que fue iniciado sin contar válidamente con la respectiva acción.

"En consecuencia con lo anterior, le ruego honorable Consejero declarar la falta de competencia y proferir fallo inhibitorio por tal razón.

"*II. La demanda carece de fundamentos jurídicos reales:*

"Decimos lo anterior porque el actor encaminó su acción sin tener en cuenta que el acto atacado *no puede ejecutarse actualmente* es decir carece de pertinencia en la realidad. Se está demandando un acto que en su momento debió cumplirse ya que era perfectamente válido, pero que ahora de ninguna manera puede ejecutarse o exigirse su cumplimiento u observancia.

"Es tan cierto lo anterior, que ninguno de los propietarios de predios rurales con extensiones entre 100 y 500 hectáreas, que en su momento debieron cumplir con la obligación impuesta en el Acuerdo 03 de 1971 de la Junta Directiva del INCORA, puede alegar ahora que en virtud de la suspensión provisional decretada por el honorable Consejo de Estado en el proveído de

diciembre 4 de 1986, recaído en el proceso que nos ocupa, su incumplimiento (lógicamente si lo tuvo) quedó subsanado o convalidado.

"La presentación de la declaración descriptiva y demás documentos exigida en el Acuerdo demandado, constituía una obligación en ese momento, no ahora. Cualquier pronunciamiento que ahora se haga, en nada puede afectar ese hecho pasado.

"Además, como se señaló al contestar la demanda, el Acuerdo número 03 de 1971 de la Junta Directiva del INCORA no infringe las normas señaladas en el libelo, de manera que su legalidad deberá ser confirmada plenamente.

"Sea del caso manifestar que ratifico expresamente los conceptos emitidos por la anterior apoderada del Instituto al contestar la demanda. Le ruego honorable Consejero tenerlos en cuenta al decidir el fondo de la litis.

"Finalmente y como quiera que el Instituto que represento está muy interesado en precisar los efectos que la demanda incoada tiene respecto del Programa de Extinción del Derecho de Dominio establecido en las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961 y reglamentado en el Decreto 1577 de 1974, le ruego honorables Consejeros señalar lo que a bien tengan a ese respecto".

IV

Vista fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su concepto de fondo precisa:

"Estudiado el presente negocio, este Despacho considera, que es del caso entrar a decidir. No compartiendo así las razones expuestas por el representante del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria cuando sostiene, que el acto acusado carece de relievancia práctica en la actualidad ya que no puede tener aplicación; pues se trata de un acto que en su momento debió cumplirse, pero que perdió actualidad. En verdad bien puede ocurrir que muchos propietarios no se hubieren acogido a dicho acto y no hayan hecho la denuncia de su predio; al anularse las expresiones que aluden precisamente al término dentro del cual debía presentarse la denuncia, la exigencia ya no tendría el mismo efecto que ahora tiene.

"En relación con las razones que se dan en la demanda para anular las expresiones acusadas, son tan aceptables que bastaron para declarar la suspensión provisional.

"Es irrefutable que el artículo 22 de la Ley 135 de 1961 señaló en el Gerente del Instituto la facultad para fijar la fecha y el plazo dentro de los cuales los propietarios debían presentar la denuncia descriptiva de su inmueble.

"Quebrantando lo anterior, esa facultad la ejerció la Junta Directiva del Instituto, invadiendo así la competencia dada al Gerente en consecuencia la decisión que recayó sobre esa materia debe ser anulada.

"En virtud de haberse producido ya la suspensión provisional de las alocuciones demandadas y encontrando este Despacho que las razones allí expuestas son acertadas, sólo resta acogerlas y solicitar a la honorable Sala se acceda a las peticiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

A) El mandatario judicial del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, tanto al contestar la demanda, como al alegar de conclusión, propone y sustenta en los siguientes términos la mal llamada por él excepción de "*falta de competencia*":

"De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, al Consejo de Estado le compete conocer en única instancia y en forma privativa de las acciones de nulidad promovidas contra los actos administrativos del orden nacional expedidos por cualquiera de las Ramas del Poder Público.

"La procedencia legal de esta acción, en mi criterio, no puede extenderse a actos administrativos que si bien materialmente existen, en su capacidad compulsiva y eficacia, ahora, carecen de cualquier consecuencia jurídica frente a los administrados, como sería el caso de una demanda referida a la constitucionalidad del parágrafo primero del artículo 56 y del parágrafo único del artículo 62 de la Ley 135 de 1961, también de carácter transitorio que si bien, materialmente existen en el texto de dicho estatuto, actualmente en su eficacia carecen de toda relevancia jurídica frente a los administrados propietarios de tierra.

'En el caso *sub lite* si bien el Acuerdo 03 de 1971 existe materialmente, en el ámbito jurídico carece de toda consecuencia por cuanto el mandato compulsivo en él contenido debió cumplirse y en efecto se cumplió, dada su vigencia en el lapso por él previsto, limitado a 3 meses, comprendidos entre el 3º de agosto de 1971 fecha de su publicación en el Diario Oficial y el 28 de noviembre del mismo año.

"La procedencia de la acción contenciosa administrativa de nulidad y en consecuencia la competencia para conocer de ella, conforme al inciso 2º del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, se predica únicamente respecto de los actos administrativos, conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos frente a los derechos de los administrados en el presente y/o hacia el futuro.

"Lo anterior nos permite concluir y así lo propongo, que se declare por vía de excepción de fondo que ese honorable Despacho carece de competencia para resolver sobre la legalidad del Acuerdo número 3 de 1971 de la Junta Directiva del Instituto por las razones que se han expuesto".

La Sala no acoge los planteamientos anteriores porque es indiscutible, como lo precisa muy bien el demandante, que en la práctica pueden existir muchos propietarios, que en el momento legal oportuno no hicieron la denuncia de sus predios ante el INCORA, en la forma preceptuada en el artículo 22 de la Ley 135 de 1961, lo cual les impediría acudir ante esta Corporación para defender sus derechos subjetivos pues el artículo 23 de este estatuto, modificado por la Ley 4ª de 1973, en su artículo 12, preceptúa:

"La demanda de revisión solamente será aceptada por el Consejo de Estado si a ella se acompaña copia de la relación de que trata el artículo anterior, debidamente firmada y con la constancia de que fue presentada en tiempo oportuno".

Dentro de la misma perspectiva jurídica el inciso final del artículo 24 del Decreto 1577 de 1974, dispone:

"Sin perjuicio de otros motivos que tuviere para no aceptarla, el Consejo de Estado no admitirá la demanda de revisión, *cuando a ella no se acompañe copia de la declaración descriptiva del respectivo inmueble, de que trata el artículo 22 de la Ley 135 de 1961, debidamente firmada por el funcionario autorizado para recibirla, y con la constancia de que fue presentada en tiempo, o de que el propietario, en razón de la extensión del inmueble, no estaba obligado a presentarla*".

Dentro del marco anterior es obvio concluir que la normatividad acusada es fuente de dificultades para la mejor defensa de los derechos subjetivos de los particulares que, en un momento dado, tengan que acudir ante la justicia de lo contencioso administrativo con tal fin. No puede hablarse, pues, en el *sub lite* de sustracción de materia ni de pérdida de los *"efectos jurídicos"*, los aspectos legales cuestionados en la demanda. En esta oportunidad la Sala reitera la pauta jurisprudencial que invoca el actor, recogida en la sentencia de 7 de diciembre de 1972, Sección Cuarta, Consejero ponente doctor Juan Hernández Sáenz, Actor Miguel Villamil Muñoz y otro, Expedientes números 1979 y 2040, donde se lee: "Si, como queda visto, la insubsistencia del acto demandado no siempre dispensa la necesidad de calificar la conducencia de las cuestiones planteadas en un libelo, *menos aún puede dispensarla el hecho de que la norma o el acto acusados dejen de producir efectos prácticos si conservan formalmente la existencia jurídica*, porque de todos modos su conformidad o inconformidad con los preceptos positivos del rango superior continúa *sub júdice*, y el interés imanente de que el orden legal sea tutelado hace imperativo que el tema se defina por sentencia, *así el acto o la norma impugnados se tengan por obsoletos. La inobservancia o falta de aplicación de un precepto no es sistema adecuado ni aceptable para derogarlo*" (subrayas de la Sala).

La filosofía jurídica anterior explica bien que en el caso en comento, la Sala no se encuentre, en puridad de verdad frente a una excepción, pues los hechos sobre los cuales se pretendió tipificarla no tienen la entidad necesaria para ello. La *"falta de competencia"* cuando se registra, no es una excepción de mérito sino un presupuesto procesal. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

CAPITULO IV

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE RESOLUCIONES MINISTERIALES Y DE OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. JUGOS DE FRUTAS. SU INCLUSION COMO DECLARANTES BIMESTRALES DE DICHO IMPUESTO. Artículo 3º, Decreto 1204 de 1987 (NULIDAD).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Proyectó: Doctor Gustavo Lora Cubillos.

Referencia: Expediente número 1029. Actor: Jugos Sabrosos Ltda. Nulidad Resoluciones 0612 de noviembre 26 de 1982 y 000098 de julio 22 de 1983 de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Fallo.

Entra a decidir la Sala la demanda de nulidad instaurada por el apoderado judicial de Jugos Sabrosos Ltda. —Jugosa Ltda.— Nit. 60.078.042 contra la Resolución 0612 de noviembre 26 de 1982, dictada por la Dirección General de Impuestos Nacional y la 000098 del 22 de julio de 1983, confirmatoria de la anterior por las cuales se excluyó a la mencionada sociedad del grupo de responsables del impuesto sobre las ventas que presentan declaración bimestralmente.

Como restablecimiento de su derecho la demandante solicita que se declare que la empresa en su condición de productora de alimentos es responsable de ventas exentas y por lo tanto, se ordene su inclusión en la Resolución de la Dirección General de Impuestos en el Grupo de declarantes de ventas bimestral (fls. 1/4).

En la demanda la actora señala como disposiciones transgredidas el numeral 1 del artículo 8º del Decreto legislativo 1988 de 1974 en cuanto dispone que están exentos del impuesto, las ventas de artículos alimenticios no gravados específicamente y además, el artículo 3º del Decreto reglamentario 1204 de 1982 por no haberlas incluido la Dirección General de Impuestos en la lista de los responsables que deben declarar en forma bimestral.

Desde otro punto de vista, el demandante considera que los actos acusados son violatorios también del artículo 2º, inciso segundo del Decreto 1988 de 1974, por cuanto califica de "primarios en estado natural" los artículos que elabora y vende la sociedad los cuales son el resultado de un proceso de elaboración, que no son la fruta misma ni su jugo, típico de una actividad secundaria de la economía.

Finalmente estima que la Resolución 000098 de julio 22 de 1983 es violatoria del artículo 25, inciso primero del Decreto 1988 de 1974 en razón de que la petición no fue de devolución alguna sino que se le incluyera dentro del grupo de declarantes bimestrales del impuesto sobre las ventas en su condición de responsables de ventas exentas.

El expediente original se incineró con motivo de los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá, por lo cual hubo de procederse a su reconstrucción, surtida la cual, y oído el concepto del señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, no observando la Sala causal que pueda invalidar lo actuado, procede a proferir fallo de mérito.

Antecedentes:

Teniendo en cuenta que la Dirección General de Impuestos Nacionales no insertó a la sociedad en la Resolución número 179 de abril 28 de 1982 correspondiente a los declarantes bimestrales del impuesto sobre las ventas de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, con fundamento en el artículo 3º del Decreto 1204 de 1982 la demandante pidió su inclusión a lo cual la Dirección General de Impuestos no accedió aduciendo en la Resolución 0612 de noviembre 26 de 1982 que el funcionario comisionado, después de practicar una breve visita conceptuó desfavorablemente.

Con motivo del recurso de reposición la Subdirección Jurídica División de Recursos Tributarios, Sección de Recursos de Ventas e Indirectos, mediante Resolución 000098 de julio 22 de 1983 confirmó en todas sus partes la Resolución 0612 que negó a la sociedad Jugos Ltda., su inclusión como declarante bimestral del impuesto sobre las ventas en la mencionada Resolución 179 de abril 28 de 1982, correspondiente a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

La negativa de la Subdirección Jurídica se fundamentó en que "si bien es cierto que las frutas frescas son sometidas a un proceso cuya descripción obra en el informativo, cabe anotar que en él no se incluye la aplicación de técnicas tendientes a modificar la fruta en sus elementos esenciales con el fin de dar al consumo un preparado alimenticio al que se han agregado otras sustancias naturales o artificiales que de alguna manera inciden en las características del bien inicial como; olor, sabor, etc. Por el contrario, se observa que a través del procesamiento de la fruta se busca la conservación de ésta" (fls. 5 y 6)

Y a continuación agrega:

"Alega el recurrente que el producto final debe considerarse como exento, puesto que a través de todo el proceso ha sufrido modificaciones, tales como la adición de ácido ascórbico y el congelamiento y aporta, para probar su afirmación, las normas de ICONTEC donde se advierte que no se podrá adicionar sustancias que modifiquen la naturaleza del jugo y que se permite el empleo del ácido ascórbico como antioxidante. Respecto al congelamiento se tiene en cuenta lo previsto en la Nomenclatura de Bruselas, donde se afirma que las frutas refrigeradas se asimilan a las frutas frescas".

"En este orden de ideas se tiene que todas las etapas del proceso aplicado para la reproducción de jugos de frutas, por parte de la sociedad Jugosa Ltda., están encaminadas a la conservación de la fruta con sus características naturales, con lo cual nos encontramos frente a un bien no procesado primario excluido del gravamen, ubicado en la posición arancelaria 20.07 a) (Decreto 2810 de 1974)" (fl. 6).

Por último, la Resolución 612 en relación con el aspecto contable precisa que con ocasión de la reposición no fueron allegadas las pruebas tendientes a desvirtuar lo consignado por el Visitador, en el sentido de que la empresa no cumple lo preceptuado por el artículo 26 del Decreto legislativo 1988 de 1974, o sea que no lleva en forma debida la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas.

Concepto del Ministerio Público:

En primer término, el señor Agente Fiscal señala que el centro de discrepancia entre la motivación principal del acto administrativo demandado y el criterio del actor, es de carácter técnico-económico. Pues al paso que la Dirección de Impuestos Nacionales estima que la producción de jugos de frutas debe ser considerado como de tipo primario y, por tanto "no causante" del impuesto sobre las ventas, el demandante considera que tales jugos de frutas han de tenerse como un producto de tipo secundario o industrial, y más como se trata de un producto alimenticio, está exento de dicho tributo.

Puntualiza, además, que esta diferenciación es necesario hacerla para efectos de su inclusión o no dentro de la Resolución de la Dirección de Impuestos Nacionales correspondiente al Grupo de declarantes bimestrales de responsables de ventas exentas con derecho a devoluciones o compensaciones conforme a lo preceptuado por Decreto 1204 de 1982.

Anota también que como esta disposición distingue entre artículos o productos *no causantes del impuesto* y artículos o productos *exentos del tributo*, el asunto actualmente cobra máximo relieve, pues si bien es cierto que en el momento de la expedición del acto acusado (noviembre 26 de 1983) aún no estaba vigente el Decreto legislativo 3541 de 1983 (estatuto del Impuesto al Valor Agregado, IVA), el nuevo régimen del impuesto sobre las ventas hace igual clasificación de los jugos de frutas (incluidos los mostos de uvas) en estado natural (posición arancelario 20.07), tanto en el artículo 59 (Capítulo XV, *bienes que no causan el impuesto*) como en el artículo 62 (Capítulo XVI, *bienes exentos*) ocasionando de esta manera confusión mayúscula al intérprete.

Entre otras consideraciones a la norma de carácter superior que la actora estima quebrantada por el acto acusado, el señor Fiscal Tercero observa que las resoluciones cuya nulidad se impetra procedieron a decir que los *jugos de frutas* hay que considerarlos como *bienes cuya venta no causa impuesto* y no como *bien exento* del tributo de marras. Pero como el jugo de fruta es y puede considerarse como "un artículo alimenticio no gravado específicamente", porque no lo está, surge la duda planteada por el demandante en favor de lo último (fl. 28).

Sin embargo, el concepto concluye expresando que en vista de que el acto administrativo demandado se basa en una norma que goza de la presunción de legalidad, vigente para su época, no han de prosperar las peticiones de la demanda.

Se considera:

En cuanto al objeto de este proceso, la Sala estima que el punto por dilucidar es relativamente simple, pues para los efectos del impuesto sobre las ventas tanto el artículo 2º del Decreto 2810 de 1974 como el artículo 1º del Decreto 2803 de 1975 clasificaron los jugos de frutas, *en estado natural* en la posición arancelaria 20.07 *no causa*, igualmente bajo el mismo número del arancel aparecen también los jugos de frutas, con o sin adición de azúcar que *no se encuentren en estado natural* con la calificación "b) los demás...EXENTOS". En este orden de ideas había que precisar entonces, no tanto la diferencia y sus consecuencias, entre bienes que causan, bienes que no causan, y bienes exentos de impuesto, sino, si al clasificarlos, se decide si son bienes muebles procesados o no, y si los primarios en estado natural (frutas) que hayan sido sometidos a algún proceso elemental para su conservación siguen siendo, después de este proceso, bienes primarios en estado natural o si por el contrario, tal proceso les hizo perder la calidad de primarios en estado natural, para transformarlos en "bien nuevo diferente", aunque eventualmente similar.

Al respecto conviene recordar que, en general, las actividades se clasifican en tres grandes sectores: Primario, secundario y terciario.

Dentro del sector primario de la economía se encuentran entre otras, los cultivos de campo, uvas, nueces, semillas, viveros (excepto de especies forestales), hortalizas a granel, flores, cría de ganado, aves de corral, producción de leche, lana, pieles, huevos, etc.

El sector secundario de la economía hace referencia a la industria. Con base en diversos documentos de las Nacionales Unidas (Clasificación Industrial Internacional Uniforme —CIIU2—) el DANE define la industria manufacturera como la "transformación mecánica o química de sustancias orgánicas e inorgánicas en productos nuevos, ya sea que el trabajo se efectúe con máquinas o a mano, en fábrica o a domicilio, que los productos se venden al por mayor o al por menor".

La industria manufacturera, según la CIIU2 incluye la agrupación codificada con el número 311 que corresponde a fabricación de productos alimenticios.

Y en el sector terciario se encuentra la actividad comercial o mercantil la cual se encarga principalmente del mercadeo, distribución y venta de los distintos bienes.

Ahora bien, a pesar de que en la providencia recurrida la Dirección General de Impuestos sostiene que si bien es cierto que las frutas frescas son sometidas a un proceso cuya descripción obra en el informativo y cuyo único objetivo es la simple conservación de estas, los documentos allegados al proceso reconstruido principalmente indican que el producto terminado *sub exámine* es el resultado de un proceso complejo que conlleva la debida utilización de la técnica

industrial que implica no sólo la selección, higienización y extracción de la materia prima (frutas frescas) sino la adición de ácito ascórbico y su congelamiento, del cual se obtiene un producto nuevo.

Así, pues, los artículos que elabora y vende la sociedad actora en modo alguno, a juicio de la Sala, se podrían calificar de primarios en estado natural sometidos a un simple procesamiento de la fruta encaminado únicamente a su conservación, como *prima facie* lo hizo la Dirección de Impuestos, en la resolución demandada, sino que estos encuadran dentro del sector secundario de la economía de cuya transformación resulta un producto nuevo que no es precisamente la fruta misma.

Por lo tanto con fundamento en lo anterior y para los fines previstos en el aparte a) del artículo 3º del Decreto 1204 de abril 23 de 1982, estima la Sala que habrá de dejarse sin efecto los actos administrativos demandados los cuales negaron a la actora la autorización para declarar bimestralmente y en su lugar, ordenar su inclusión como declarante bimestral del impuesto sobre las ventas en la Resolución número 179 del 28 de abril de 1982, correspondiente a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

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

Falla:

1º Declárase la nulidad de las Resoluciones 0612 de noviembre 26 de 1982 y 000098 del 22 de julio de 1983 expedidas por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

2º Como consecuencia de la anterior declaración se ordena incluir a la sociedad Jugos Sabrosos Limitada "Jugosa Ltda.", Nit 60.078.042 como declarante bimestral del impuesto sobre las ventas en la Resolución número 179 del 28 de abril de 1982, correspondiente a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

3º Ejecutoriado el presente fallo envíense copias auténticas a la Dirección General de Impuestos Nacionales y a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá para los fines legales consiguientes.

Cópiese, publíquese, notifíquese 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.

Jorge A. Torrado, Secretario.

LEY. VIGENCIA. SU APLICACION EN EL TIEMPO.

Se rectifica el criterio anterior de la Sala para sostener ahora que el Decreto 3867 de 1985, que reajusta los valores absolutos a que refiere el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo rige hacia el futuro, es decir para los procesos iniciados a partir de esa fecha.

LA INSUBSISTENCIA decretada, preexistiendo un proceso de naturaleza disciplinaria, no equivale a destitución, máxime si el empleado es de libre nombramiento y remoción.

RELATORIA: En alzada la sentencia del Tribunal administrativo que denegó la declaratoria de nulidad de una Resolución de la Gerencia del INDERENA, que declaró la insubsistencia de un nombramiento. El señor Fiscal de esta Corporación, conceptúa sobre la existencia de nulidad a partir del auto del a quo *que concedió la apelación, por cuanto cuando éste se concedió ya estaba vigente el Decreto 3867 de 1985, por el cual se aumentaron las cuantías, lo que significa que el proceso quedó de única instancia pese, agrega, a que ciertamente al promoverse la acción, dicho proceso admitía las dos instancias. El Consejo de Estado en decisión mayoritaria con análisis del artículo 265 del Código Contencioso Administrativo y del Decreto 3867 de 1985 "por el cual se reajustan los valores absolutos que en moneda nacional expresa el Código Contencioso Administrativo".*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., primero de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 2175. Actor: Gabriel Moreno Mosquera. Autoridades Nacionales.

Gabriel Moreno Mosquera, mediante apoderado y en ejercicio de la "acción de plena jurisdicción" o de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Chocó el 26 de enero de 1985, para solicitar la declaración de nulidad de la Resolución número 0957 de septiembre 26 de 1984, expedida por el señor Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —INDERENA—, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Director Regional del Chocó.

La demanda se basó en los hechos siguientes:

"1. El actor, señor Gabriel Moreno Mosquera, se desempeñaba como Director Regional del INDERENA en Quibdó (Chocó) y en el día 9 de octubre de 1984, se le notificó la Resolución número 0957 de 26 de septiembre de 1984, por medio de la cual el Gerente General lo declaraba insubsistente del referido cargo.

"2. El actor, se encontraba en incapacidad médicamente prescrita por razones de enfermedad y estando dentro del servicio al Instituto demandado, sufrió mengua de su capacidad visual, razones que determinaron una operación en el ojo izquierdo.

"3. El Instituto en mención, le había promovido un proceso de naturaleza disciplinaria, que se plasmó en el resultado de la Resolución número 0465 de 21 de mayo de 1984, por medio de la cual, le imponen una sanción de suspenderle por treinta (30) días sin derecho a remuneración.

"4. El actor recurrió en reposición al acto administrativo que le impuso la sanción y como resultado del recurso, obtiene la declaratoria de insubsistencia, que no es otra cosa diferente a la destitución.

"5. Promovido como fue el proceso disciplinario; se debió llenar a plenitud los formas (sic) previas del juicio, circunstancias no adoptadas en este caso, y que a la luz del control jurisdiccional, hace acusable el acto administrativo identificado como la Resolución número 0957 de septiembre 26 de 1984".

El demandante citó como normas violadas, con el concepto de su violación, los artículos, 26 de la Constitución Nacional, 130 a 167 del Decreto 1950 de 1973, 8º y 9º del Decreto 1848 de 1969.

El Tribunal del conocimiento tramitó el proceso y lo falló, el 19 de junio de 1986, negando las pretensiones del actor (fls. 95 a 97, cuaderno 1).

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal, por escrito presentado el 3 de julio de 1986, cuando le fue notificada.

El Tribunal concedió la apelación por auto de julio 8 de 1986 (folio 100).

El recurso fue admitido y tramitado ante esta Corporación, hasta quedar en estado de dictar sentencia.

Consideraciones de la Sala:

I. El señor Fiscal Cuarto de la Corporación, en su concepto de fondo, solicita que se decrete la nulidad de toda la actuación, a partir del auto proferido por el Tribunal de primera instancia, mediante el cual se concedió el recurso de apelación contra la sentencia de 19 de julio de 1986; para ello se funda en que para esta fecha ya estaba vigente el Decreto 3867 de 1985 por el cual se aumentaron las cuantías,

lo que significa que el proceso quedó de única instancia; agrega un parecer de esta Sala en que se afirma que "ciertamente al promoverse la acción, dicho proceso admitía las dos instancias, pero dado que el recurso de alzada se interpuso estando vigente el nuevo ordenamiento sobre cuantías, que son factor de competencia, la aplicación del mismo es obviamente prevalente".

Se aprovecha la oportunidad para rectificar el criterio jurisprudencial de esta Sala, a que alude el señor colaborador fiscal, por las siguientes razones:

a) El artículo 265 del Código Contencioso Administrativo, prescribe que los valores absolutos en él expresados serán reajustados cada dos años, a partir del 1º de enero de 1986, en un porcentaje igual a la variación que para el período bienal que termine el 31 de octubre anterior registre el índice de precios al consumidor, nivel de ingresos medios (empleados), que elabora el Departamento Nacional de Estadística, aproximando el resultado a la decena de miles superior Agrega el precepto: "El Gobierno nacional publicará un decreto con los valores absolutos resultantes, de acuerdo con la certificación que expide el Departamento Nacional de Estadística al terminar el mes de octubre respectivo. Si el Gobierno no expidiere el Decreto, el aumento será de un veinte por ciento (20%).

En orden a dicha preceptiva se expidió el Decreto 3867 de 1985, por el cual se reajustan los valores absolutos que en moneda nacional expresa el Código Contencioso Administrativo, en los términos establecidos en su artículo 1º. Dicho Decreto es claro en señalar que entra a regir a partir del 1º de enero de 1986, lo cual hace ver que tiene aplicación para el futuro, es decir, para los procesos iniciados a partir de esa fecha, y no para los procesos en curso para el día 1º de enero de 1986. Es claro, entonces, que los procesos iniciados con anterioridad a esta última fecha quedan en un todo sujetos a las normas anteriormente previstas en el Decreto 01 de 1984 atinentes a la competencia por el factor de la cuantía;

b) El Decreto antes referido no señala nuevos valores para determinar cuantitativamente unas nuevas competencias, sino que por el contrario se limita a reajustar en moneda de 31 de diciembre de 1985 las cifras indicadas en el Decreto 01 de 1984. El Gobierno, desde luego con base en la autorización señalada en el artículo 265 de este Decreto lo que hizo fue tomar la certificación del DANE sobre la variación de precios, a efecto de que las cifras en moneda colombiana señaladas con anterioridad, ya afectadas por la pérdida del valor adquisitivo, quedasen reajustadas a valores presentes para el bienio 1986-1987.

Naturalmente que ese es el espíritu de la ley, puesto que sería insensato pensar que se hubiese pretendido un replanteamiento de competencias cada dos años, creándose así el caos y la anarquía respecto a procesos iniciados con anterioridad a la época en que se ponen en valores presentes las cifras en pesos colombianos, afectados por la pérdida del poder adquisitivo o envilecimiento monetario. No parece técnico que un proceso que se inició bajo la perspectiva de las dos instancias, por un simple acomodamiento de valores o estabilización monetaria, derive en uno de única instancia. Con ello se desvirtuaría

el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. La estimación inicial de la cuantía de la demanda habrá de tenérsele con las mismas variaciones que motivaron el reajuste legal y así por ejemplo la asignación mensual a que alude el artículo 132 (numeral 3) del Código Contencioso Administrativo para los fines de la competencia, de $ 50.000.00 para entonces, significa que con el Decreto 3867, con vigencia a partir de 1º de enero de 1986, a términos de ahora, equivale a $ 80.000.00.

La competencia, entonces, no se altera por los simples reajustes en los valores absolutos, que cada dos años se varían, con base en los índices de precios y el nivel de ingresos medios elaborados por el DANE. El artículo 265 del Código Contencioso Administrativo, como el Decreto 3867 de 1985, se limitan a traer al campo del derecho procesal el fenómeno de la depreciación monetaria en el caso de las cuantías, a efecto de estabilizar sus respectivos valores pero de ninguna manera para alterar la competencia por el factor dicho. En aquellos procesos iniciados antes de la vigencia del Decreto 3867, no puede decirse que la competencia inicial haya variado por el simple reajuste o actualización de unos valores depreciados, puesto que con tal proceder se estaría cargando sobre las espaldas de las partes una irrazonable alteración de los términos del litigio.

El reajuste monetario de las cuantías en el campo procesal no puede en manera alguna alterar la litis en la forma como de antemano se había planteado; si antes el proceso admitía las dos instancias, por la simple equivalencia a valores actuales, no puede afirmarse que en el camino se convierta en uno de única instancia, como antes se dijera.

En consecuencia, no es del caso decretar la nulidad de la actuación, puesto que conforme a la asignación mensual que tenía el demandante para la época de presentación de la demanda, mayor de $ 50.000.00, le significaba entonces y hoy la segunda instancia, por lo cual se entrará a decidirla a continuación.

II. El demandante estima que al habérsele promovido un proceso disciplinario que terminó con una sanción de suspensión por treinta días, que recurrió en reposición, para luego obtener como resultado la declaratoria de insubsistencia, se está en presencia de un acto de destitución.

En el informativo se encuentran copias de las resoluciones mediante las cuales por una de ellas se le impone una sanción disciplinaria de suspensión al demandante, y la otra por la cual se le confirma al resolverse el recurso de reposición interpuesto. Que posteriormente haya sido declarado insubsistente su nombramiento, no puede afirmarse que equivalga ello a una destitución, máxime si no se está amparado por un fuero de inamovilidad, por tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción. Otra cosa hubiese sido demostrar que el acto acusado estuviese afecto de algún vicio susceptible de invalidarlo; cuestión esta que no se ha planteado ni discutido, puesto que equiparar simplemente una declaratoria de insubsistencia con una destitución, carece de sentido puesto que se trata de cuestiones completamente diferentes y que obedecen a circunstancias y causas diversas.

En forma subsidiaria se pide en la demanda que se ordene al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —INDERENA— el pago de la disminución laboral que por razones del servicio y de la operación, sufrió el actor en el ojo izquierdo. Para ello se invocan los artículos 8º y 9º del Decreto 1848 de 1969; pero necesariamente habrá de imponerse una decisión desfavorable a las pretensiones del actor, puesto que no se ha traído la prueba de la incapacidad sufrida por éste, ni tampoco el *quántum* de las prestaciones asistenciales que hayan podido ser dejadas de sufragar por la administración.

Habrá de confirmarse la sentencia del Tribunal *a quo*.

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

Falla:

Primero. No declarar la nulidad de la actuación propuesta por el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado.

Segundo. 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 veintiuno (21) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares Reynaldo Arciniegas Baedecker Salvamento de voto; *Gaspar Caballero Sierra.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

LEY. ULTRACTIVIDAD. LA LEY ANTERIOR TIENE ULTRACTIVIDAD SOLAMENTE RESPECTO DE LOS RECURSOS YA INTERPUESTOS.

Los recursos no interpuestos al momento de entrar a regir la nueva ley, deben gobernarse por ésta.

La cuantía ES FACTOR DE COMPETENCIA Y LA COMPETENCIA SE RIGE POR LA LEY ACTUAL.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., nueve de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Referencia: Expediente número 2175. Apelación sentencia. Actor: Gabriel Moreno Mosquera.

Aunque ha sido mi línea de conducta acoger los planteamientos de mis compañeros de Sala en aquellos puntos en que un criterio discrepante carece de la suficiente consistencia, en esta oportunidad, venciendo mi natural resistencia, debo disentir abiertamente de la decisión adoptada recientemente sobre la aplicación del Decreto 3867 de 1985 a los procesos iniciados con anterioridad a su vigencia.

I. Refiriéndose al caso concreto de este proceso, me permito transcribir a continuación los apartes de la providencia que contienen los argumentos centrales de la nueva tesis adoptada en mayoría por la Sección Segunda de esta Corporación:

1. "Dicho Decreto es claro en señalar que entra a regir a partir del 1º de enero de 1986, lo cual hace ver que tiene aplicación para el futuro, es decir, para los procesos iniciados a partir de esa fecha, y no para los procesos en curso para el día 1º de enero de 1986. Es claro, entonces, que los procesos iniciados con anterioridad a esta última fecha quedan en un todo sujetos a las normas anteriormente previstas en el Decreto 01 de 1984 atinentes a la competencia por el factor de la cuantía".

2. "El Decreto antes referido no señala nuevos valores para determinar cuantitativamente unas nuevas competencias, sino que por el contrario se limita a reajustar en moneda de 31 de diciembre de 1985 las cifras indicadas en el Decreto 01 de 1984. El Gobierno, desde luego, con base en la autorización señalada en el artículo 265 de este

Decreto, lo que hizo fue tomar la certificación del DANE sobre la variación de precios, a efecto de que las cifras en moneda colombiana señaladas con anterioridad, ya afectadas por la pérdida del valor adquisitivo, quedasen reajustadas a valores presentes para el bienio 1986-1987".

3. "...Sería insensato pensar que se hubiese pretendido un replanteamiento de competencias cada dos años, creándose así el caos y la anarquía respecto a procesos iniciados con anterioridad a la época en que se ponen en valores presentes las cifras en pesos colombianos, afectados por la pérdida del poder adquisitivo o envilecimiento monetario. No parece técnico que un proceso que se inició bajo la perspectiva de las dos instancias, por un simple acomodamiento de valores o estabilización monetaria, derive en uno de única instancia. Con ello se desvirtuaría el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*... La competencia, entonces, no se altera por los simples reajustes en los valores absolutos que cada dos años se varían..."

4. "El artículo 265 del Código Contencioso Administrativo, como el Decreto 3867 de 1985, se limitan a traer al campo del derecho procesal el fenómeno de la depreciación monetaria en el caso de las cuantías, a efecto de estabilizar sus respectivos valores pero de ninguna manera para alterar la competencia por el factor dicho. En aquellos procesos iniciados antes de la vigencia del Decreto 3867, no puede decirse que la competencia inicial haya variado por el simple reajuste o actualización de unos valores depreciados, puesto que con tal proceder se estaría cargando sobre las espaldas de las partes una irrazonable alteración de los términos del litigio.

"El reajuste monetario de las cuantías en el campo procesal no puede en manera alguna alterar la litis en la forma como de antemano se había planteado; si antes el proceso admitía las dos instancias, por la simple equivalencia a valores actuales, no puede afirmarse que en el camino se convierta en uno de única instancia, como antes se dijera"

Los anteriores argumentos se pueden condensar en los siguientes puntos:

1. Como el Decreto expresa que entra a regir a partir de enero 1º de 1986, debe entenderse que se aplica solamente a los procesos que se iniciaran después de esa fecha.

2. El Decreto no señala nuevos valores para determinar nuevas competencias: Sólo reajusta cifras anteriores a valores presentes, en razón de la depreciación monetaria.

3. No se previó un replanteamiento bienal de competencias, que traería el caos y la anarquía respecto de procesos iniciados antes, no es técnico que los iniciados bajo la perspectiva de las dos instancias resulten de única por un simple acomodamiento de valores, porque se devirtuaría el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*.

4. En los procesos promovidos antes de la vigencia del Decreto 3867, la competencia inicial no varía, porque ello equivaldría a una irrazonable alteración de los términos del litigio.

II. Observo, con sorpresa, que la Sala ha dado un viraje completo respecto de sus planteamientos anteriores, aunque con argumentos de menor consistencia.

De tiempo atrás venía sosteniendo con marcado énfasis de convicción y con respaldo en claras disposiciones legales, como el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, que, por tratarse de normas de procedimiento que "prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir" y, como tales, son de forzosa e inmediata aplicación, las del Decreto 3867 de 1985 habían de aplicarse necesariamente a los casos pendientes de apelación, así el proceso se hubiera promovido con anterioridad.

Reiterada y constante fue tal jurisprudencia, frente a impugnaciones a veces acerbas y pugnaces de litigantes que creían vulnerados sus derechos. Se negaba sistemáticamente y sin vacilaciones el recurso de apelación en procesos promovidos antes pero cuya cuantía era inferior a la señalada para la segunda instancia por el citado Decreto.

Ahora esos argumentos y esa convicción ceden el paso a otros argumentos y a convicciones contrarias.

Por mi parte, deseo permanecer fiel a los principios, que son la mejor guía. Ellos aparecen esculpidos en los preceptos que se transcriben a continuación:

Ley 153 de 1887:

"*Artículo 1º* Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecer el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes".

"*Artículo 2º* La ley posterior prevalece sobre la ley anterior.

"En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior".

"*Artículo 40.* Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban comenzar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Código de Procedimiento Civil:

"*Artículo 6º* Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley.

"Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas".

Ajustado y recto desarrollo de las reglas anteriores son los artículos 699 del Código de Procedimiento Civil y 266 del Código Contencioso Administrativo, como se ve en su texto:

Código de Procedimiento Civil, artículo 699: "...En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación".

Código Contencioso Administrativo, artículo 266: "En los procesos iniciados antes de la vigencia del presente estatuto, los recursos interpuestos, los términos que hubieren empezado a correr, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, empezó a correr el término o principió a surtirse la notificación..."

Es incuestionable, según estas reglas, que es el momento de interposición del recurso el que ha de tomarse en cuenta para determinar la ley aplicable, y que la ley anterior tiene ultraactividad solamente respecto de los recursos ya interpuestos, lo que lleva a la necesaria conclusión de que, los recursos no interpuestos al momento de entrar a regir la nueva ley, deben gobernarse por ésta.

Comentando la disposición del Código de Procedimiento Civil, explica Hernando Morales:

"La ley procesal que debe aplicarse es la vigente en el momento en que el respectivo derecho se ejercita. Si una ley procesal suprime alguna forma de actuación de ella o algunos medios de actuarla, se extingue al mismo tiempo el derecho de pedir su aplicación y por tanto bajo el imperio de la nueva ley no se puede solicitar su actuación con aquellos medios y en aquella forma, y éste prescindiendo del tiempo en que naciera el derecho de pedirla" (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General. Edit. ABC).

Lo reafirma Hernando Devis Echandía en los siguientes términos:

"Es decir, nuestra ley consagra este principio: La ley procesal que debe aplicarse es la vigente en el momento en que el respectivo derecho se ejercita; lo que equivale a decir que se aplica la nueva ley a los hechos ocurridos luego de su vigencia, y que la ley aplicable es la del momento en que se hace valer el derecho en el proceso. Se tiene en cuenta no el momento en que nace el derecho, sino el momento en que se le pone en acción; por ello, si se tenía un derecho procesal de acuerdo con la ley anterior, pero no había sido ejercitado al entrar a regir la nueva, y ésta lo suprimió, no es posible ya alegarlo en el proceso" (Compendio de Derecho Procesal, Edit. ABC).

No creo aventurado afirmar que los recursos constituyen un derecho que tiene la parte vencida para impugnar la decisión. Ahora bien, este derecho, como cualquiera otro, ha de ejercerse en conformidad con la ley que al momento rija. Si una nueva legislación lo elimina, lógicamente no podrá ejercerse: No se ejerce un derecho que dejó de existir.

Pues bien, en la fecha en que introduce su demanda, el actor tiene, respecto de la futura apelación de una sentencia eventualmente

adversa, no un derecho actual sino una expectativa. No puede ser un derecho actual, porque no se dan los factores que pudieran estructurarlo.

Conforme al artículo 17 de la Ley 153 de 1887, las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene. No pueden alegarse válidamente *derechos adquiridos* para un futuro incierto.

También el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre estos temas, como lo hizo en sentencia de agosto 22 de 1983, en los siguientes términos:

"Es una regla aceptada entre nosotros de que las normas sobre competencia y las que determinan el trámite o procedimiento tienen cumplimiento inmediato y se aplican, por lo mismo, desde el momento en que deban empezar a regir, porque la atribución de competencia es una decisión que siempre debe consultar el interés general, el cual debe prevalecer sobre los intereses particulares; lo mismo sucede con los procedimientos para la tramitación de los asuntos o negocios que sean de cargo de los organismos o funcionarios oficiales. Son normas de orden público cuyo cumplimiento no puede estar subordinado al interés de los particulares, quienes frente a ellas se encuentran colocados en un pie de estricta igualdad" (Expediente número 4075. Actor: Carlos Vélez Gallego. Ponente doctor Jacobo Pérez Escobar).

Tampoco desde el punto de vista de la competencia, me parece admisible la tesis mayoritaria. La cuantía es factor de competencia y la competencia se rige por la ley actual. En tal virtud, si conforme a la ley actual el *ad quem* no tiene competencia para conocer del recurso de alzada, en qué base legal puede apoyarse su decisión?

III. Paso a referirme brevemente a los argumentos de la decisión mayoritaria atrás compendiados.

Primer argumento: Como en el Decreto se dice que entra a regir a partir de enero 1º de 1986, debe entenderse que se aplica solamente a los procesos que se iniciaran después de esa fecha.

Observo que, partiendo de una premisa cierta, se deduce una conclusión extraña al razonamiento.

Vale la pena recordar que en la Ley 2ª de 1984, por la cual, entre otras disposiciones, "se fijan competencias en materia civil, penal y laboral", se determinó:

"Artículo 62. Las cuantías previstas en los artículos anteriores se aumentarán en un veinte por ciento (20%) desde el primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y se seguirán ajustando automáticamente, cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha.

"Los aumentos aquí establecidos se aplicarán sobre los valores indicados en los artículos precedentes y su vigencia no afectará la competencia en *los procesos ya iniciados*".

"Artículo 63. Los procesos iniciados antes de la vigencia de la presente ley, *continuarán tramitándose* de acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 21 y 22 de 1977".

Como es fácil advertirlo, cuando la nueva ley sobre competencia quiere excluir de su aplicación los procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, lo dice expresamente.

Por lo demás, se observa en la historia legislativa reciente sobre esta materia una constante: La de excluir de la aplicación de la nueva ley solamente *los recursos ya interpuestos en ese momento*, lo cual armoniza perfectamente con las reglas que atrás se citaron y particularmente con la disposición del artículo 266 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto:

La Ley 22 de 1977, trás señalar nuevas cuantías, dispuso refiriéndose al recurso de casación:

"Artículo 2º Para efectos del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, a partir de la vigencia de la presente ley y sin perjuicio de *los recursos ya interpuestos en ese momento*, el interés para recurrir en casación será de trescientos mil pesos ($ 300.000.00) por lo menos".

"Artículo 6º A partir de la vigencia de la presente ley y sin perjuicio de *los recursos ya interpuestos en ese momento*, en materia laboral sólo serán susceptibles del recurso de casación los negocios cuya cuantía sea de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) o más".

La Ley 2ª de 1984 en su artículo 52 modificó nuevamente las cuantías para la casación civil y señaló:

"Artículo 52. Para los efectos del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, a partir de la vigencia de la presente ley y sin perjuicio de *los recursos ya interpuestos en ese momento*, el interés para recurrir en casación será de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) por lo menos".

Finalmente, la Ley 11 de 1984 en su artículo 26 dispone:

"El artículo 6º de la Ley 22 de 1977 quedará así:

" 'A partir de la vigencia de la presente ley y sin perjuicio de *los recursos ya interpuestos en ese momento*, en materia laboral sólo serán susceptibles del recurso de casación los negocios cuya cuantía sea equivalente al monto de cincuenta (50) veces el salario mínimo mensual más alto vigente' ".

Segundo argumento: El Decreto no señala nuevos valores para determinar nuevas competencias: Sólo reajusta cifras anteriores y valores presentes, en razón de la depreciación monetaria.

Cabe preguntar: Si la cuantía (los "nuevos valores"), que es factor de competencia, no sirve para determinar competencia, entonces para qué sirve?

Obvio es, por lo demás, que todo señalamiento de nuevas cifras para las cuantías procesales se debe a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por razón del proceso de devaluación. Así ha ocurrido

siempre, sin que se deje de afectar la competencia, con las excepciones que expresamente se señalen, como lo hizo la Ley 2ª de 1984, arriba citada.

Lo expresa muy claramente el artículo 29 de la Ley 16 de 1968, al disponer:

"Cada tres años, el Consejo Superior de la Administración de Justicia revisará, con la ayuda de los organismos técnicos que estime convenientes, los índices del costo de la vida; y recomendará al Gobierno, de acuerdo con ellos, que proponga al Congreso los reajustes necesarios, en las cuantías de los negocios judiciales, *para efectos de la competencia*, y en las asignaciones del personal de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, en los honorarios de los conjueces y en las tarifas de peritos y demás auxiliares de la justicia".

Que el aumento de las cuantías se verifique por acto expreso cada vez o bien regular y periódicamente según un mecanismo específico, siempre tendrá incidencia en la competencia y su aplicación será inmediata a los procesos en trámite, salvo disposición en contrario. No se hubieran previsto las excepciones que tan precisa y concretamente contemplan la Ley 153 de 1887 en su artículo 40, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 699 y el Código Contencioso Administrativo en su artículo 266, si la regla general fuera la de que los nuevos valores no determinan nuevas competencias y no se aplican a los procesos en trámite.

Tercer argumento: No se previó un replanteamiento bienal de competencias, que traería el caos y la anarquía respecto de procesos iniciados antes, ni es técnico que procesos iniciados bajo la perspectiva de las dos instancias resulten de única por un simple acomodamiento de valores, porque se desvirtuaría el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*.

Que la cuantía incida en la competencia es punto que no admite discusión. Así que no es acertado suponer lo contrario como postulado o premisa: Si las cuantías han de modificarse cada dos años, cada dos años la competencia resulta afectada. Por lo demás, el que un proceso se haya iniciado "bajo la perspectiva de las dos instancias" no puede significar que el accionante tenga un *derecho adquirido* sobre el procedimiento vigente entonces y modificado más tarde: Es el legislador el que, conforme lo exijan los intereses generales, señala los procedimientos, sin que pueda concebirse una especie de *congelación procesal* de propiedad individual, porque perderían las normas ese sello de generalidad que es propio de toda regla de derecho".

Así que, si cada dos años hay replanteamiento de cuantías, habrá necesariamente replanteamiento de competencias, dada su mutua relación. El caos y la anarquía que se temen ocurrirían, en cambio, si cada litigante poseyera su propio y particular procedimiento, aquél que gobernó su actuación en el momento inicial y que quedaría congelado en su favor, hasta la terminación del proceso. La "perspectiva de las dos instancias" es una eventualidad, no un privilegio de las partes, que obviamente no aspiran a una sentencia adversa contra la

cual puedan ejercer, en el futuro, aquel privilegio. Por otra parte, la *perpetuatio jurisdictionis tiene* un alcance diferente y corresponde al funcionario, quien, como depositario del poder que tiene el Estado de juzgar los actos de sus súbditos y residentes, no está en condiciones de garantizar al litigante que una sentencia futura cuyo contenido se desconoce admita tal o cual medio de impugnación, lo cual pertenece al aspecto ritual de los litigios y debe regirse por la ley vigente en el momento correspondiente a cada actuación. Lo que se "perpetúa" según aquel principio, no es el supuesto derecho del litigante sino la jurisdicción o, mejor aún, la competencia, como claramente se observa en la regla general que trae el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil.

Cuarto argumento: En los procesos iniciados antes de la vigencia del Decreto 3867, la competencia inicial no varía, porque ello equivaldría a una irrazonable alteración de los términos del litigio.

Los "términos del litigio" competen a la relación mutua de las partes en un proceso y tienen que ver con la acción y la oposición, la pretensión y la excepción según los parámetros que se fijan al juez en la demanda. El legislador tiene plena libertad de establecer nuevas cuantías y nuevos procedimientos procesales, sin estar supeditado para ello a los "términos" de los litigios en curso, que es cuestión de carácter exclusivamente particular entre los litigantes.

Para terminar, deseo expresar que con estos comentarios no pretendo decir la última palabra sobre la materia y que simplemente entiendo que subsisten y son atendibles las razones en que se apoyaba la jurisprudencia que ahora se recoge.

Pienso, igualmente, que da una mejor imagen la administración de justicia cuando, a salvo de los sobresaltos y el desconcierto que pueden acompañar a una jurisprudencia fluctuante, mantiene aquellos criterios que tienen base sólida y que se han adoptado con seriedad, salvaguardándose así la certeza jurídica que corresponde a las decisiones judiciales.

Con el usual comedimiento,

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

EXPROPIACION. DESAFECTACION DE PREDIOS. PETICION.

La expropiación se conserva una vez cumplido el proceso (arts. 451 a 456 del C. de P. C.) en el cual la sentencia ejecutoriada y el acta de entrega de los bienes expropiados constituyen el título traslaticio de dominio, la inscripción de ese título en la Oficina de Registro conforma la tradición o modo de adquisición del dominio sobre tales inmuebles. En este momento termina el proceso de adquisición del predio por el INCORA y hasta entonces puede solicitarse su DESAFECTACION ante esa entidad, como claramente se desprende del texto del artículo 29 de la Ley 6ª de 1975.

1. PROPIETARIOS DE PREDIOS RURALES QUE CELEBREN CONTRATOS DE APARCERIA. Derecho de obtener la desafectación de las mismas o de la PORCION respectiva.

2. ADQUISICION DE PREDIOS POR EL INCORA.

Formas: a) Adquisición directa en compraventa o permuta; o b) Por el procedimiento de expropiación.

3. EXPROPIACION. Procedimiento (arts. 451 a 458 del C. de P. C.). TITULO TRASLATICIO DE DOMINIO. Lo constituye la sentencia ejecutoriada y el acta de entrega de los bienes expropiados.

MODO DE ADQUISICION. La inscripción del título de dominio en la Oficina de Registro conforma la tradición o modo de adquisición del dominio sobre tales inmuebles.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: Doctor Antonio José Arciniegas A., Abogado asistente.

Referencia: Expediente número R-038. Reconstrucción. Recurso de anulación. Actor: Raimundo Sánchez.

Habiéndose solicitado la reconstrucción del proceso de plena jurisdicción iniciado por el señor Raimundo Sánchez con demanda de nulidad de las Resoluciones números 137 de agosto 25 de 1976 y 130

de agosto 3 de 1977 expedida por la Junta Directiva del "INCORA" y fallado con sentencia del 8 de marzo de 1984 de la Sección Tercera de esta Corporación, proceso que, según afirma el memorialista, fue destruido cuando se encontraba para decisión del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte actora, el "INCORA" manifestó a través de apoderado, respecto de la reconstrucción, estar de acuerdo con lo dicho por la parte actora sobre lo acontecido en el proceso y en el recurso extraordinario y acompañó fotocopia informal de la sentencia recurrida.

La señora Fiscal Segunda de la Corporación se limitó a darse por enterada y devolver el expediente, en la etapa del traslado que se le corrió en cumplimiento del artículo 7º del Decreto 3825 de 1985.

En consecuencia, de acuerdo con lo estatuido en los literales A y B del artículo 4º del citado Decreto y, por haberse cumplido su trámite, es el caso de formular el pronunciamiento correspondiente sobre el citado recurso.

I. La sentencia recurrida:

Por la sentencia recurrida se denegaron las súplicas de la demanda con fundamento en las razones siguientes:

"De acuerdo con el artículo 29 citado, la desafectación tiene un marco preciso de utilización: Que acreditan los contratos de aparcería, en condiciones de explotación agrícola, siempre y cuando se encuentren todavía en proceso de adquisición de las tierras por parte del INCORA. O sea, una relación negocial, existente y demostrable —los contratos de aparcería y un ámbito temporal-preclusivo— que se encuentre en proceso de adquisición del predio.

"Se encuentra en proceso de adquisición, según las voces del artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, cuando el INCORA adelanta, por cualesquiera (sic) de los medios idóneos de negociación directa o expropiación, la incorporación de las tierras para el beneficio señalado anteriormente. Es decir, que no se haya cumplido la etapa en que pueda decirse que el bien ya no es materia de acto distinto que el de la destinación para terceros, mediante la utilización social del predio. Así que estará en proceso de adquisición cuando faltan actos que permitan destacar que aún el propietario, puede a través de contratos de aparcería, incorporar la actividad del hombre en pro de la utilización de la tierra. Y, el artículo 1º del Decreto 135 de 1976, trató de hacer las precisiones debidas sobre el ámbito temporal anotado, para los efectos de entender hasta qué momento puede ser desafectado un predio, cuando ordenó: 'En cualquier etapa del trámite de adquisición de tierras, bien sea en la puramente administrativa o en la contencioso administrativa y aún dentro del proceso de expropiación, antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación y aún en el caso de que hubiere habido entrega anticipada del inmueble deberá procederse por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA a la desafectación de las tierras cuya adquisición hubiese decretado para los fines contemplados por el artículo 59 *Bis* de la Ley 135 de 1961, cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo siguiente'.

"En verdad, el artículo 1º del Decreto 135 emplea expresiones que, en principio, no concuerdan con las reglas que, en materia del trámite de expropiación, trae el Código de Procedimiento Civil actual, por cuanto en ningún pasaje del texto adjetivo se menciona la adjudicación como resultado mediato o inmediato de la expropiación, como sí lo hacía el Código Judicial al señalar en el artículo 858, entre las etapas atinentes al juicio de expropiación la adjudicación de los bienes sujetos a ese trámite. El mandato del artículo 1º del Decreto 135, refleja un criterio normativo, que le sirvió, precisamente, al demandante para sostener que es contradictorio frente a lo estipulado en la Ley 6ª de 1975, porque aquél permite la desafectación siempre y cuando se solicite antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la expropiación, mientras que la última, apenas se limita a decir que se podrá ejercer ese derecho de exclusión cuando se encontrare en proceso de adquisición. Empero, la contradicción, a juicio de la Sala no existe. Es cierto que las normas que el Código de Procedimiento Civil señala para el proceso de expropiación —451 a 459—, no advierten, de manera específica, la decisión de adjudicación, pero también lo es que el artículo 454 expresamente dispone que 'vencido el término de traslado el juez dictará sentencia, y si decreta la expropiación ordenará cancelar los gravámenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre los bienes', para dar a entender, como es obvio, que la sentencia de expropiación es la que sirve de adjudicación del predio, puesto que se ha de ordenar la cancelación de los gravámenes, embargos e *inscripciones*, esto es, el total desprendimiento de los derechos y afectaciones sobre el inmueble expropiado, que ha de culminar, dentro de todo el acto de enajenación, con el registro de la sentencia. No hay contradicción; lo que se opera es un fenómeno distinto de complementación, ya que la ley tan sólo habla de que la desafectación ha de promoverse cuando se encuentre en proceso de adquisición por el INCORA (art. 29 de la Ley 6ª de 1975), y el decreto precisa cuál es ese momento: Antes que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación, que no puede ser otro, adecuándose a las reglas de procedimiento, que el de la sentencia de expropiación, que es el acto que traslada el dominio del bien expropiado. Así, pues, la ejecutoria de la sentencia constituye el título de adquisición, para agotar cualquier término de desafectación.

"Sin embargo, el demandante estima que el proceso de adquisición culmina con el registro de la sentencia en la respectiva oficina, de tal manera que hasta tanto no se realice este acto puede intentarse la desafectación. Y para ello, se apoya en el numeral 2 del artículo 456, en particular, porque la sentencia se inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Agua de Dios (Cundinamarca), con posterioridad a la solicitud del demandante, ante el INCORA, de exclusión del predio.

"La Sala no comparte esta apreciación, no obstante la observación que ha hecho sobre la falta de coherencia de vocablos empleados en las normas sustanciales y de procedimientos, porque ha de hacerle producir efectos, para el entendimiento del plazo, a la sentencia de expropiación y no al registro, puesto que absurdo sería que, hasta este momento de la actuación, dentro del proceso de expropiación, pueda pedirse la desafectación, lo que determinaría que la sentencia careciera

de eficacia, y se enervaría, por tanto, sus efectos. Eso haría que todo el trámite resultara inocuo, y una sentencia perdiera sus alcances declarativos.

"4. Pero para el caso *sub lite* deben formularse otras reflexiones que conducen a sostener la legalidad del acto acusado:

"a) La entrega del predio se hizo antes de que se demandara la desafectación. Lo primero ocurrió, como consta en el expediente —folios 10 a 16, cuaderno 1—, el día 21 de julio de 1977, lo segundo se cumplió el 28 de octubre de 1977, folios 20 a 24 cuaderno 1. Esta circunstancia es importante, por cuanto colma el supuesto previsto del numeral 21 del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, en lo que atañe a los reparos formulados por el demandante;

"b) La sentencia del Juez Segundo Civil del Circuito de Girardot, se profirió el día 16 de octubre de 1972. No se recurrió. Por el contrario, los plazos de ejecutoria transcurrieron sin formulársele reparo. Hizo tránsito, por tanto, a cosa juzgada;

"c) La sentencia, además de la expropiación, dispuso adjudicar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, el predio cuya desafectación se solicitó después, y que fuera negada en los actos acusados. Es decir: Existe una decisión judicial, con la fuerza suficiente, para entender que se produjo la adjudicación y, por tanto, se agotó, en ese momento, el término para intentarse la exclusión del inmueble materia de la expropiación. Que se sostenga que el Juez Segundo Civil del Circuito, con evidente desconocimiento de las normas consagradas en el estatuto de procedimiento civil, dispuso la adjudicación, cuando esta decisión no está acogida en el ordenamiento ritual vigente, es cierto. Pero ello no obsta para que se le haga producir los efectos a la declaración contenida en el fallo en cuanto así lo ordenó. Si las partes estaban frente a una decisión, equivocada o no, lo cierto es que está en firme, que no se puede desconocer. En otras palabras, el propietario afectado por una decisión judicial, que no atacó en su oportunidad, no puede pretender alcanzar, por la vía administrativa o por la contenciosa, la destrucción de sus efectos.

"La razón invocada, pues, por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, al decir que la desafectación se solicitó cuando el término estaba precluido, porque existía una sentencia que decretaba la adjudicación, es de plena aceptación. Además, tal como lo apreció la Sala, la sentencia de expropiación, puede tener la fuerza suficiente, si está ejecutoriada, para determinar el plazo para que se intente la desafectación, en procura de armonizar los textos de la Ley 6ª de 1975 y su Decreto reglamentario, con las normas del Código de Procedimiento Civil. Fluye de lo dicho, que los actos acusados no transgreden norma alguna. Y, por tanto, habrá de denegarse las súplicas de la demanda" (fls. 3-18).

II. El recurso:

En el escrito del recurso extraordinario de anulación se formulan contra la ameritada sentencia los siguientes cargos:

"...la sentencia al precisar la inteligencia del texto del artículo 29 *ibídem* se equivoca, en lo relativo a determinar que se entiende, según las voces de dicha norma 'se encontraren (sic) proceso de adquisición' por el INCORA.

"En efecto, es errónea la apreciación de la sentencia, en cuanto enlaza lo preceptuado por los artículos 28 y 29 de la Ley 6ª de 1975, con las precisiones, equivocadas, que en el ámbito temporal hace el artículo 1º del Decreto reglamentario 135 de 1976, por las siguientes razones:

"1. El artículo 1º del Decreto 135 de 1976, es inaplicable en el presente caso, en lo que respecta a la limitación establecida para solicitar la desafectación de los predios, en proceso de adquisición por el INCORA, con fundamento en la excepción de ilegalidad contemplada en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, por haberse excedido el Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria y ser violatorio, en consecuencia, de los artículos 120, numeral 3 de la Constitución Nacional, 28 y 29 de la Ley 6ª de 1975 y 451 a 458 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, las normas reglamentadas en parte alguna establecen limitaciones en cuanto al ejercicio del derecho de los propietarios de inmuebles rurales, explotados por pequeños arrendatarios, aparceros y similares, de solicitar su desafectación, cuando se hallan en proceso de expropiación, distinta de la circunstancia que se deriva de la letra y del espíritu del artículo 29 *ibídem*, de que haya concluido el 'proceso de adquisición' y, es obvio, que el proceso de adquisición termina, en el evento de una expropiación, cuando se verifica la traslación del dominio, en favor de la entidad expropiante, el INCORA en este caso. Al señalarse en el artículo 1º *ibídem*, como límite para pedir la desafectación una etapa procesal inexistente —la providencia que decrete la adjudicación— se incurrió igualmente en violación de las normas de los artículos 451 a 458 del Código de Procedimiento Civil, al configurarse una etapa procesal no prevista en las mismas.

"2. Pese a lo que se afirma en la sentencia, sí existe incongruencia entre el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975 y los artículos 1º del Decreto 135 de 1976 y 451 a 458 del Código de Procedimiento Civil, porque el proceso de expropiación está configurado por todas las etapas procesales contempladas en las mencionadas normas del Código de Procedimiento Civil, ya que para garantizar el cabal cumplimiento del mandato constitucional del artículo 30, es necesario cumplir con las etapas procesales de avalúo, entrega del bien expropiado, registro de la sentencia de expropiación y del acta de entrega del bien y entrega de la indemnización al expropiado.

"3. No es posible asimilar, como lo expresa la sentencia, la providencia que decreta la expropiación con la que adjudica el bien. Si bien es cierto que expropiar significa sacar del dominio privado un bien para convertirlo en público, no es menos cierto que el proceso de expropiación no culmina con dicha sentencia, pues las etapas posteriores son relevantes dentro del mismo, porque es necesario avaluar la indemnización que corresponde al propietario y pagársela, para así dar cumplimiento al artículo 30 de la Constitución Nacional, hacer

entrega del bien y registrar la sentencia de expropiación y el acta de entrega, para que válidamente se opere la transferencia del dominio de lo expropiado.

"No es cierto, que la sentencia constituya el título de adquisición por sí sola, como lo dice la sentencia, porque se requiere además su registro, en la forma prevista por los artículos 456, numeral 2 y 458 del Código de Procedimiento Civil. La sentencia sin el registro no tiene la virtud de mudar el dominio del propietario expropiado al INCORA.

"La interpretación que da la sentencia a las normas del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 135 de 1976, desconoce que para garantizar al expropiado su derecho a ser indemnizado previamente, en los términos del artículo 30 de la Constitución Nacional, resultan tan importantes las etapas procesales del proceso de expropiación instituidos en beneficio de la entidad expropiante, como las que tienden a lograr la justa compensación que deben recibir los propietarios expropiados.

"4. No se compadece lo que expresa la sentencia, en el sentido de que extender el término de la desafectación hasta el registro de la sentencia de expropiación *'determinaría que la sentencia careciera de eficacia, y se enervaría, por tanto, sus efectos. Eso haría que todo el trámite resulte inocuo, y una sentencia perdiera sus efectos declarativos'*, con la filosofía de la Ley 6ª de 1975, pues si la Sección III se hubiese detenido a examinar los antecedentes de dicha ley y sus finalidades, la conclusión hubiese sido diferente. En efecto, es bien conocido que en virtud de la Ley 1ª de 1968 se afectaron todas las tierras que, a lo largo y ancho del país, se encontraban explotadas a través de pequeños arrendatarios, aparceros y similares, con la finalidad de convertirlos en propietarios. Se partía así de la idea que la explotación por medio de estos sistemas era perjudicial para el país y contrario al interés público, que exigía la conversión en propietarios de las personas que detentaban los respectivos predios, en las anotadas circunstancias. Ante los efectos nocivos del llamado programa de conversión en propietarios de los pequeños arrendatarios, aparceros y similares, pues no afectó a los grandes latifundistas, sino a pequeños y medianos propietarios, se expidió la Ley 6ª de 1975, que consideró útil para el desarrollo económico del país y digna de protección legal de las tierras que se explotasen, en desarrollo de contratos de aparcería y de las otras formas de explotación de las tierras, previstos en dicha ley; hasta el punto de que su artículo 28 estableció una excepción sumamente importante para los predios explotados en cumplimiento de los contratos, regulados por la misma ley y permitió la desafectación de aquellos que se encontrasen en proceso de adquisición por el INCORA, con fundamento en el artículo 59 *Bis* de la Ley 135 de 1961. Por consiguiente, conforme a la filosofía de la Ley 6ª de 1975, sí es posible que una sentencia de expropiación pierda su eficacia, ya que conforme al interés público que ella pretende tutelar, ya han desaparecido las causas que posibilitaban la expropiación de acuerdo con el artículo 59 *Bis* de la Ley 135 de 1961, introducido a esta por la Ley 1ª de 1968.

"5. Las reflexiones adicionales que hace la sentencia para sostener la legalidad de los actos acusados, en cuanto a que hubo entrega del

predio, y sentencia de expropiación que decretó la adjudicación, en modo alguno contradicen los planteamientos anteriores, pues la Ley 6ª de 1975 es posterior a dichos actos procesales y contiene unos principios y una filosofía completamente diferentes en materia de expropiación de predios explotados por medio de pequeños arrendatarios, aparceros y similares, que da fuerza a la tesis sostenida en la demanda. Ahora que están de moda las amnistías, podría afirmarse, sin lugar a equívocos, que la Ley 6ª de 1975, creó una amnistía en favor de los propietarios de predios, explotados por los sistemas ya mencionados, para que acogiéndose a las normas de la nueva ley, pudiesen obtener la desafectación de los mismos, mientras no hubiese concluido el proceso de su adquisición.

"Por las razones expuestas, la sentencia recurrida interpretó erróneamente los artículos 28 y 29 de la Ley 6ª de 1975, y aplicó indebidamente el artículo 1º del Decreto 135 de 1976, todo lo cual condujo a la violación de los artículos 451 a 458 del Código de Procedimiento Civil, y de las demás disposiciones que se han citado, con el resultado de que se abstuvo de decretar la nulidad de los actos demandados y el restablecimiento del derecho lesionado, en la forma solicitada en la demanda" (fls. 19-24).

III. Consideraciones de la Sala:

Como se acaba de ver, el recurrente acusa la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, fundamentalmente por ser violatoria, por interpretación errónea, del artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, de los artículos 451 a 458 del Código de Procedimiento Civil y del artículo 30 de la Constitución Nacional, en cuanto determinó la oportunidad de los propietarios de predios rurales cuya adquisición hubiere decretado el INCORA, para solicitar su desafectación, y con esa interpretación negó las pretensiones del actor.

Tales normas establecen lo siguiente:

El artículo 29 de la Ley 6ª de 1975 consagra, respecto de los propietario de predios rurales que celebren los contratos de aparcería regulados por esta ley, el derecho de obtener la desafectación de los mismos o de la porción respectiva, en caso de que, con base en el artículo 59 *Bis* de la Ley 135 de 1961, se encontraren en proceso de adquisición por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Es sabido que el INCORA puede adquirir tierras mediante el procedimiento de la negociación directa en compraventa o permuta voluntarias o por el procedimiento de la expropiación para incorporarlas a los programas y finalidades previstos en la ley agraria.

En cuanto al proceso de adquisición de predios rurales por el medio constitucional y legal de la expropiación a que se contrae el asunto *sub lite*, los artículos 451 a 458 del Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del artículo 30 de la Constitución Nacional, señalan las etapas que se deben cumplir al afecto, una vez decretada la expropiación por el INCORA en aplicación de las normas correspondientes, como las Leyes 135 de 1961, 1ª de 1968, 4ª de 1973 y 6ª de 1975, etc.

El artículo 30 de la Constitución Nacional prevé la expropiación de bienes de propiedad privada por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, mediante sentencia judicial e indemnización previa, salvo los casos en que, según el legislador, no haya lugar a indemnización por razones de equidad.

El proceso judicial que se debe adelantar, una vez decretada la expropiación por el INCORA, se integra en las etapas establecidas por los artículos 451 a 456 del Código de Procedimiento Civil que se compendian a continuación:

a) Demanda de expropiación con los requisitos señalados en el artículo 451;

b) Traslado de la demanda a los demandados por tres días, previa notificación del auto admisorio de la misma, según el artículo 452;

c) Sentencia dictada por el juez para definir la expropiación y ordenar cancelar los gravámenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre los bienes. Esta sentencia se notificará como lo ordena el artículo 454 *ibídem* y es apelable;

d) Avalúo del bien expropiado y estimación de la indemnización que se debe por el mismo. En firme el avalúo y hecha por el demandante la respectiva consignación, se procederá así: "1. Se entregarán al demandante los bienes expropiados; en el acta de la diligencia se insertará la parte resolutiva de la sentencia y se dejará testimonio de haberse consignado el monto de la indemnización. 2. Ejecutoriada la sentencia que decrete la expropiación, se registrará junto con el acta de entrega, para que sirva de título de dominio al demandante, y se librarán al Registrador los oficios de cancelación" (art. 456).

El artículo 458 dispone que la indemnización debida por el bien expropiado se entregue a los interesados, una vez registradas la sentencia y el acta.

Así pues, la expropiación se consuma una vez cumplido todo el proceso indicado, en el cual la sentencia ejecutoriada y el acta de entrega de los bienes expropiados constituyen el título traslaticio del dominio: la inscripción de ese título en la Oficina de Registro conforma la tradición o modo de adquisición del dominio sobre tales inmuebles. En este momento termina el proceso de la adquisición del predio por el INCORA y hasta entonces puede solicitarse su desafectación ante esa entidad, como claramente se desprende del texto del artículo 29 de la Ley 6ª de 1975.

La Sección Tercera de esta Corporación se ha pronunciado en forma semejante, como puede verse en la sentencia de julio 12 de 1979, con ponencia del Consejero doctor Jorge Valencia Arango (expediente número 2365) en la cual expresó:

"El argumento del señor apoderado del INCORA sobre la interpretación retrospectiva de las normas sobre el proceso de expropiación actualmente vigentes, tomando como guía el artículo 858 del Código de Procedimiento Civil derogado (Ley 105 de 1931), no sirve a los fines deseados por el distinguido profesional y, por el contrario, reafirma las bases de la tesis sentada por esta Corporación.

"En efecto, conforme al artículo 858 comentado, 'la sentencia de adjudicación' era el título de dominio que, complementado con el modo de 'la tradición', consumaba la expropiación con el cambio definitivo de propietario.

"En cambio, hoy, frente al artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, no hay duda de que la sentencia de expropiación no es el título de dominio sino apenas parte de él, pues sólo complementado con el 'acta de entrega', configura el 'Título del dominio' que, unido al modo de 'la tradición' o registro, consuma la expropiación, el cambio de propietario y es ésta la oportunidad en que se opera la perención frente a la facultad de pedir la desafectación en los términos de los artículos de la Ley 6ª de 1975 y el Decreto reglamentario 135 de 1976.

"Como la razón fundamental de la Resolución número 105 de 30 de junio de 1977 es la de que 'de lo anterior, y del texto del artículo 1º del Decreto 135 de 1976 transcrito, se deduce claramente que la oportunidad para solicitar la desafectación de las tierras ha precluido' habrá de anularse, para que el INCORA entre a tramitar la petición de desafectación, como oportunamente presentada y a decidirla en el fondo" (*Anales del Consejo de Estado*, números 463 y 464, págs. 219 y ss.).

La sentencia recurrida afirma que no existe contradición del artículo 1º del Decreto reglamentario 135 de 1976 con los artículos 29 de la Ley 6ª de 1975 y 451 a 458 del Código de Procedimiento Civil, discurriendo que:

"Es cierto que las normas que el Código de Procedimiento Civil señala para el proceso de expropiación —451 a 459— no advierten, de manera específica, la decisión de adjudicación, pero también lo es que el artículo 454 expresamente dispone que 'vencido el término de traslado, el juez dictará sentencia, y si decreta la expropiación ordenará cancelar los gravémenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre los bienes', para dar a entender, como es obvio, que la sentencia de expropiación es la que sirve de adjudicación al predio, puesto que se ha de ordenar la cancelación de los gravámenes, embargos e *inscripciones*, esto es, el total desprendimiento de los derechos y afectaciones sobre el inmueble expropiado, que ha de culminar, dentro de todo el acto de enajenación, con el registro de la sentencia. No hay contradicción, lo que se opera es un fenómeno distinto de complementación, ya que la ley tan sólo habla de que la desafectación ha de promoverse cuando se encuentre en proceso de adquisición por el INCORA (art. 29 de la Ley 6ª de 1975) y el Decreto precisa cuál es ese momento: Antes que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación, que no puede ser otro, adecuándose a las reglas de procedimiento, que el de la sentencia de expropiación, que es el acto que traslada el dominio del bien expropiado. Así, pues, la ejecutoria de la sentencia constituye el título de adquisición, para agotar cualquier término de desafectación" (fls. 14-15).

La interpretación hecha en la sentencia recurrida para fallar sobre el mérito de las pretensiones del actor, desfigura la normatividad contenida en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, según la cual, como antes se puntualizó, se permite a los propietarios de predios rurales que cumplan con los requisitos exigidos, solicitar su desafectación durante

el proceso de adquisición mediante expropiación por el INCORA, habida consideración de que este proceso termina con el registro de la sentencia de expropiación y del acta de entrega de los bienes como lo señala el artículo 456 del Código de Procedimiento Civil ya que sólo en ese momento se perfecciona la tradición del dominio de los bienes que adquiere el INCORA por este sistema (Ver arts. 673, 740, 741 y 756 del Código Civil).

Si el proceso de adquisición termina, como se ha visto, con el registro de la sentencia ejecutoriada y del acta de entrega de los bienes expropiados (arts. 451 a 456 del C. de P. C.), obviamente resulta errónea la interpretación del artículo 29 de la Ley 6ª de 1975 que se hace en la sentencia recurrida en el sentido de que, precluye la oportunidad para pedir la desafectación de los bienes en proceso de expropiación por el INCORA al quedar ejecutoriada la sentencia que decrete la expropiación y ordena cancelar los gravámenes, embargos e inscripciones por ser aquella "la que sirve de adjudicación del predio" (fl. 14). Esta sentencia constituye el título traslaticio del dominio, pero necesita del registro para que se perfeccione la tradición y correspondiente adquisición de ese dominio para el INCORA.

En este sentido, por ser contrario al artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, no puede aplicarse el artículo primero del Decreto reglamentario 135 de 1976 en el caso *sub júdice*, porque la sentencia del juez que dispuso adjudicar al INCORA la finca expropiada no puso término al proceso de adquisición por expropiación del bien por el INCORA, de conformidad con los artículos 451 a 456 del Código de Procedimiento Civil, que desarrollan el artículo 30 de la Constitución Nacional (Ver sentencia, fl. 13).

De lo expuesto se infiere que la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 8 de marzo de 1984, que ha sido recurrida en anulación, violó directamente, por interpretación errónea, el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, norma que aplicó equivocadamente al proveer sobre las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, ha de declararse su nulidad para disponer la reconstrucción del proceso a efectos de dictar la sentencia que deba sustituirla, conforme lo ordenan los artículos 197 y 205, inciso final del Código Contencioso Administrativo y 4º, literal A, inciso final del Decreto 3825 de 1985.

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

Falla:

1. Declárase la nulidad de la sentencia proferida el 8 de marzo de 1984 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso de plena jurisdicción iniciado por el señor Raimundo Sánchez para impetrar la nulidad de las Resoluciones números 137 de agosto 25 de 1976 y 130 de agosto 3 de 1977 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y el correspondiente restablecimiento del derecho.

2. Ordénase la reconstrucción del proceso a efectos de dictar la sentencia que debe sustituir la anulada. En consecuencia, ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho para proveer lo pertinente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sesión celebrada el día 20 de octubre de 1987.

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Aydée Anzola Linares*, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo, Gaspar Caballero Sierra*, Ausente; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango*, Ausente; *Rómulo González Trujillo*, Conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ENCAJE LEGAL A CONSTITUIR POR LAS CORPORACIONES FINANCIERAS. FACULTAD DE LA JUNTA MONETARIA para fijar, variar y reglamentar este, y, para establecer sanciones. Ley 7ª de 1973, artículo 23.

POLICIA ADMINISTRATIVA SUPERBANCARIA. SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA POR DEFECTOS EN EL ENCAJE LEGAL DE LAS CORPORACIONES VIGILADAS.

Son regulaciones de carácter administrativo que distan de participar de la naturaleza de delitos y por ende del ámbito penal. No es un delito el desencaje.

JUNTA MONETARIA.

Todo lo relacionado con el encaje legal de las Instituciones Financieras es atribución de la Junta Monetaria. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de diciembre de 1973, Sala Constitucional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso. Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., nueve de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación número 1042. Nulidad y restablecimiento del derecho de la Resolución número 6758 de diciembre 29 de 1980 proferida por la Superintendencia Bancaria. Actor: Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda "DAVIVIENDA".

Corresponde a la Sala decidir la demanda de nulidad presentada contra la Resolución número 6758 del 29 de diciembre de 1980 de la Superintendencia Bancaria, por medio de la cual impuso una sanción pecuniaria a la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda, DAVIVIENDA, por defectos de encaje durante diferentes días del mes de octubre de 1980.

Según el expediente reconstruido se han cumplido los trámites procesales correspondientes y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia.

Antecedentes:

El señor Presidente de la República, mediante el Decreto 1728 de 1974, artículo 6º, estableció los porcentajes del encaje que con el fin de garantizar su liquidez, deben constituir las Corporaciones de Ahorro y Vivienda.

Dichos porcentajes fueron de 10% sobre depósitos a término y de 15% sobre cuentas de ahorro. La norma anterior fue dictada con base en las facultades que el ordinal 14 artículo 120 de la Constitución Nacional atribuye al Presidente de la República y también previó que la tasa citada debía ser determinada al término de cada mes y que el encaje en cuestión se constituiría a razón de 2 puntos mensuales a partir del 1º de octubre de 1974.

Por su parte, el Decreto 1414 de 1976, expedido también en desarrollo de las facultades que le otorga al Presidente de la República el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, fijó en 15% dicho encaje para depósitos ordinarios, sin señalar nuevo procedimiento para determinar ese encaje.

Posteriormente, el Decreto 676 de 1977 elevó en 5 puntos a partir del 1º de abril de 1977 en encaje anterior, o sea, tanto para depósitos a término como para cuentas de ahorro de valor constante, sin regular tampoco la forma de determinarlo.

El Decreto 252 de 1980, expedido durante la vigencia del Acto legislativo número 1 de 1979 y con fundamento en su literal i) del artículo 63, estableció el procedimiento para determinar el encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda respecto de depósitos a término, cuentas de ahorro de valor constante y depósitos ordinarios.

El artículo 3º del citado Decreto 252 de 1980 estableció: "Por los defectos diarios de encaje legal en que incurre 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".

El Superintendente Bancario, mediante la Resolución número 6758 del 29 de diciembre de 1980, aquí demandada, sancionó a la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda, DAVIVIENDA con una multa de $ 580.155.69 por defectos de encaje durante el mes de octubre de 1980.

La demanda:

El señor apoderado de DAVIVIENDA presentó ante esta Corporación demanda, para solicitar se anule la citada Resolución por ser violatoria de los artículos 2º, 20, 23, 26, 28, 32, 55, inciso primero del artículo 76 de la Constitución Nacional, literal i) del artículo 63 del "Acuerdo" legislativo número 1 de 1979 y el artículo 1º del Código Penal.

Fundamenta su petición en los siguientes argumentos:

1º Afirma que tanto la Resolución demandada, como la norma que le sirvió de fundamento han violado las normas citadas anteriormente.

2º Cuestiona si el Presidente de la República podía con base en el literal i) del artículo 63 del Acto legislativo número 1 de 1979, establecer multas u otro tipo de penas.

3º Refiriéndose a los artículos 20, 23, 26 y 28 de la Constitución Nacional y luego de transcribirlos, afirma que solamente serán punibles los hechos considerados como delitos en leyes u otras normas preexistentes; que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente, y observando las formas propias de cada juicio.

4º Concluye que "vistas las anteriores normas constitucionales, no hay posibilidad de interpretar su espíritu en forma diferente a que es de competencia exclusiva del Poder Legislativo la facultad de señalar penas y que solamente en casos especialísimos y merced a facultades precisas otorgadas (sic) por un término exacto, por el órgano legislativo, podrá el Ejecutivo señalar penas para quienes infrinjan tanto los preceptos constitucionales como los legales..."

5º Cita el artículo 1º del Código Penal para reiterar "el principio de la legalidad del delito y de la pena".

6º Afirma que el fundamento de la Resolución demandada (el artículo 3º del Decreto 252 de 1980), es improcedente e inaplicable por inconstitucional.

7º Afirma que el Presidente de la República como cabeza del Ejecutivo "no puede ejercer funciones de legislador en materia no autorizada específicamente y de inequívoca y reservada fuente legal, como lo es la de establecer sanciones". Si lo hace hay un abuso de poder, como lo hay en el acto administrativo aquí impugnado.

8º Si en ninguna norma penal aparece establecido como delito el desencaje en que puedan incurrir las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y los Bancos, cualquier sanción que establezcan para ese hecho, las autoridades administrativas, estará violando los postulados y garantías constitucionales ya citados.

9º Luego de referirse a la separación de poderes, a la figura de las facultades extraordinarias se cuestiona si "implica acaso tal delegación la acumulación de facultades para dictar normas penales, normas sancionadoras y para juzgar y castigar?" y se responde que "en absoluto". Y por ello afirma que el Ejecutivo se extralimitó al expedir el Decreto 252 de 1980, pues la facultad que le había concedido el Acto legislativo número 1 de 1979 era solamente para intervenir en el Banco de Emisión y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado.

10. Finalmente reafirma que es el "Organo Legislativo" el que tiene la facultad exclusiva para establecer penas.

11. Concluye que "el señor Superintendente Bancario puso en práctica una norma sancionadora que no puede existir en estricto derecho por su fuente de origen".

Aunque en el libelo solicitó la suspensión provisional de la Resolución demandada, según el mismo apoderado lo afirma en su memorial de solicitud de reconstrucción y fotocopia que obra a folio 57 del expediente reconstruido, le fue negada.

Impugnación:

De los documentos que obran en el expediente reconstruido y aunque en éste no obra el memorial de impugnación, puede establecerse que la Superintendencia Bancaria mediante apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda y mediante alegato de conclusión (fl. 27) precisó sus argumentos así:

1. Las facultades ejercidas por el Gobierno en virtud del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, lo mismo que las ejercidas durante la vigencia del literal i) del artículo 63 del Acto legislativo número 1 de 1979, tienen fuerza de ley.

En respaldo de este argumento cita la sentencia del 4 de febrero de 1976, Expediente número 2150, 2153 y 2155 doctor Carlos Galindo Pinilla y la sentencia del 17 de febrero de 1978 de la Sección Primera del Consejo de Estado y trae citas doctrinarias para concluir que si la atribución ha sido otorgada por la misma Constitución para la "necesaria intervención" y en ella aparece uno de los elementos esenciales del derecho y de la ley su coactividad, es decir la posibilidad de "institucionalizar penas".

Concepto fiscal:

En la oportunidad procesal correspondiente, la colaboradora fiscal rindió su concepto de fondo y solicitó negar las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos:

1. La controversia debe resolverse enfrente al ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, toda vez que el literal i) del artículo 163 de la Carta, dejó de regir.

2. Con base en el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional el Presidente expide reglamentos autónomos, los cuales son una categoría especial de actos expedidos por el Presidente en ejercicio de funciones atribuidas directamente por la Constitución.

3. Según la tendencia jurisprudencial dichos Decretos tienen la fuerza normativa de la ley y dentro de los límites propios de su competencia pueden disponer como ella.

Se citan sentencias del 18 de agosto de 1972, 17 de abril de 1975, el 24 de marzo de 1981 y 27 de mayo de 1982 de la Corte Suprema de Justicia y sentencias del 4 de febrero de 1976 y del 17 de febrero de 1978 del Consejo de Estado. Si los reglamentos autónomos tienen la fuerza normativa de la ley, mediante ellos el Ejecutivo puede establecer sanciones aplicables por violación a sus disposiciones, referidas a la materia de su competencia.

Esto último, porque la capacidad coercitiva de una disposición constituye uno de sus elementos esenciales.

4. En el caso de autos no es aplicable el análisis hecho por el demandante con relación al artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que a través de reglamentos autónomos se pueden establecer sanciones administrativas, aplicables a quienes infrinjan sus normas. O sea que hay "norma apta para señalar el hecho sancionable y su sanción".

5. El Consejo de Estado es competente para ejercer el control jurídico de los reglamentos autónomos.

Con relación a este tema y para respaldar la anterior afirmación se citan y transcriben apartes de la sentencia del 24 de marzo de 1981 de la Corte Suprema de Justicia.

6. Concluye la distinguida colaboradora fiscal que siendo constitucional el artículo 3º del Decreto 252 de 1980 es obvio que el ejercicio de tal facultad por el Superintendente Bancario fue legítimo, sin que se observe irregularidad alguna en la aplicación de la sanción demandada.

Consideraciones de la Sala:

En primer término es del caso observar que aunque en algunos documentos se indica como acto demandado la Resolución número 6758 del 29 de diciembre de 1980 y como causa de la imposición de la sanción los defectos de encaje presentados en el mes de *noviembre* de 1980, según la copia del acto demandado que obra a folio 59 del expediente reconstruido, dicho acto es la Resolución número 6758 del 29 de diciembre de 1980 y los defectos de encaje sancionados corresponden al mes de *octubre* de 1980.

El argumento único esgrimido contra el acto demandado, la Resolución 6758 del 29 de diciembre de 1980, es según la demanda el que fue dictado con base en una norma que a juicio del libelista es inconstitucional.

No trae la demanda ningún cuestionamiento con relación a los hechos que originaron la sanción impuesta a la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda DAVIVIENDA y toda su argumentación está dirigida a comprobar la inconstitucionalidad del artículo 3º del Decreto 252 de 1980.

El acto administrativo acusado, expedido por el señor Superintendente Bancario, impuso a la actora una sanción pecuniaria de $ 580.155.69, por haber incurrido en defectos de encaje durante el mes de octubre de 1980 por un total de $ 533.743.00, cifra determinada con base en los cobros diarios de exigibilidades sujetas a encajes que registran las Corporaciones de Ahorro y Vivienda durante los días hábiles de cada mes calendario, lo anterior de conformidad con los artículos 1º y 3º del Decreto 252 de 1980.

Así las cosas, dos son los aspectos que analizará la Sala para resolver la controversia planteada, a saber:

1º Artículo 3º del Decreto 252 de 1980: Su vigencia y efectos de su anulación.

2º Legalidad del acto acusado.

1º Artículo 3º del Decreto 252 de 1980: Su vigencia y efectos de su anulación.

Dicho artículo establecía:

"Por los defectos diarios de encaje legal en que incurriere una Corporación de Ahorro y Vivienda, el Superintendente Bancario aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos, equivalente al dos y medio por ciento (2.5%) sobre el total de los días hábiles del respectivo mes".

El señor apoderado de la actora considera y así lo plantea reiteradamente en el libelo, que dicha norma viola la Constitución, en cuanto la definición de una conducta como punible y el establecimiento de la sanción correspondiente pertenece a la ley y no es posible que el Presidente de la República, a través de un reglamento autónomo ejerza dicha competencia.

Esta Corporación, en fallo del 23 de noviembre de 1984 (*Anales del Consejo de Estado*, Segundo Semestre 1984 números 483 y 484, pág. 169) declaró dicha norma inscontitucional por considerar que la facultad de definir delitos y contravenciones corresponde al legislador y la regulación de una materia como el encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, corresponde a la ley, dentro del concepto más amplio de que es el legislador, el competente para regular todo lo relacionado con la moneda: Su ley, tipo, peso y denominación, es decir el *jus monetandi*.

En esa oportunidad dijo el Consejo de Estado:

"...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 exequibles los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 7ª de 1973, y el 24 inciso 1º literales a y d".

En virtud de dicho fallo, la vigencia del artículo 3º del Decreto 252 de 1980 terminó en esa oportunidad: Noviembre de 1984, cuando estaba en curso el presente proceso, y por ello es del caso precisar sus efectos enfrente al acto administrativo aquí impugnado, teniendo en cuenta además, que el único argumento de la demanda para cuestionar la legalidad del acto acusado es su fundamentación en el citado artículo 3º del Decreto 252 de 1980.

La declaratoria de nulidad de un acto produce efectos *erga omnes* y *exnunc*, lo cual significa que las decisiones tomadas desde el momento de su expedición y hasta la fecha de su anulación son válidas y obligatorias.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los actos administrativos están cobijados por la presunción de legalidad y como consecuencia de ello gozan de los atributos de la obligatoriedad y de la ejecutoriedad, todo lo cual no se desvirtúa por el solo hecho de que se haya declarado la nulidad del acto que les sirvió de base.

Para que dichos actos pierdan su valor, se requiere que esa presunción de legalidad se haya desvirtuado en cada caso concreto, bien sea con ocasión de una demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, o a través de una alegada excepción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, si se trata de decisiones que se encuentran *sub-júdice*, el fallo de nulidad del acto que les sirvió de base, necesariamente afecta la decisión de quien debe resolver la controversia judicial.

De acuerdo con lo expuesto, encuentra la Sala, para el caso de autos, que el acto impugnado, cuya legalidad debe establecerse, evidentemente se fundamentó en el artículo 3º del Decreto 252 de 1980, que ya hoy no existe por cuanto fue anulado por esta Corporación en providencia ya citada, pero si bien esta consideración hecha aisladamente podría hacer considerar la anulación del acto demandado, es del caso hacer referencia a las normas que habían coexistido con el decreto anulado.

En efecto, dentro de las competencias que le habían sido asignadas por la Ley 7ª de 1973 a la Junta Monetaria, se encontraba justamente la prevista en su artículo 23 literal a), según el cual, dicha junta tenía facultad para fijar, variar y reglamentar el encaje legal, exigido a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y para establecer las sanciones a quienes incumplieran con dichas previsiones.

En desarrollo de dicha facultad, la Junta Monetaria expidió la Resolución número 65 de 1979 la cual en su artículo 4º dispuso:

"*Artículo 4º* Por los defectos diarios de encaje legal en que incurriere una Corporación de Ahorro y Vivienda, el Superintendente Bancario aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos, equivalente al 2.5% sobre el total de los días hábiles del respectivo mes".

Dicha norma por tener idéntico contenido con el anulado artículo 3º del Decreto 252 de 1980 coexistió con él y una vez anulado, continuó vigente, más si se tiene en cuenta que no fue derogada expresamente.

Lo anterior aparece reforzado, además, si se considera que los motivos que llevaron al Consejo de Estado a anular el tan citado artículo 3º del Decreto 252 de 1980, fue la falta de competencia del Presidente de la República para regular el encaje y prever sanciones, competencias que corresponden al legislador y por delegación de éste a la Junta Monetaria.

Dicha Junta Monetaria, ejerció justamente función a través de la Resolución 65 de 1979, la cual nunca perdió vigencia, por cuanto no fue derogada ni implícita ni explícitamente.

Así las cosas, la legalidad del acto impugnado deberá analizarse a la luz de dicha disposición.

2º Legalidad del acto acusado:

Precisados los efectos de la nulidad del Decreto 252 de 1980 y aceptada de acuerdo con lo anterior, la figura de la base legal coexistente se tiene, que el acto impugnado impuso una sanción del 2.5% mensual sobre el total de los defectos de encaje, en que incurrió la Corporación de Ahorro y Vivienda DAVIVIENDA durante el mes de octubre de 1981, sanción que es justamente la prevista en la citada Resolución número 65 de 1979.

Con relación a los argumentos de la demanda y la facultad del legislador para establecer delitos, penas, procedimientos, etc., la Sala comparte el criterio del señor apoderado de la actora pero considera importante hacer una precisión en el sentido de que no es posible confundir el ámbito penal, con las regulaciones de carácter administrativo que en un momento determinado, den lugar a una sanción, si son violadas y por ello no puede afirmarse que el desencaje sea un delito.

Por otra parte para el caso que nos ocupa, y en lo relacionado con las funciones de la Junta Monetaria, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia del 14 de diciembre de 1973 y allí se estableció expresamente que todo lo relacionado con el encaje legal de las instituciones financieras es atribución de la Junta Monetaria.

Así las cosas, no encuentra la Sala que se haya configurado ninguna causal de anulación del acto impugnado, toda vez que fue expedido por la autoridad competente con base en facultades que le habían sido expresamente atribuidas y de conformidad con el marco legal establecido para el efecto. Por ello, las peticiones de la demanda, no pueden prosperar.

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

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda promovida por la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda "DAVIVIENDA" contra la Resolución número 6758 de diciembre 29 de 1980 proferida por la Superintendencia Bancaria.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn, Con salvamento de voto.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn.— Bogotá, D. E., diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Referencia: Expediente número 1042.

Me aparto con todo respeto de la sentencia anterior, por las razones que expongo a continuación, entre otras:

El acto demandado es la Resolución número 6758 del 29 de diciembre de 1980, por la cual la Superintendencia Bancaria impuso a la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda "DAVIVIENDA" una multa de quinientos ochenta mil ciento cincuenta y cinco pesos con sesenta y nueve centavos, por defectos de encaje durante el mes de octubre de 1980.

Sirvió como fundamento a dicha Resolución el artículo 3º del Decreto 252 de 1980, que fue declarado nulo por sentencia de esta Corporación, con fundamento en disposición de la Carta en virtud de la cual es competencia de la Junta Monetaria la regulación del flujo de la moneda en circulación, como delegataria del Congreso Nacional, que es a quien compete la regulación de la moneda, según la Carta (art. 76/15), siendo por otra parte, que la facultad de intervención conferida al Presidente de la República por el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, debe entenderse referido solamente a la intervención de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado.

La sentencia de anulación del referido artículo 3º del Decreto 252 de 1980, proferido por esta Corporación el 23 de noviembre de 1984, no tiene efectos, como lo dice la sentencia, a partir de ella, o más exactamente de su ejecutoria, sino que anula todo lo que bajo su vigencia o con fundamento en el acto anulado hubiere nacido a la vida jurídica especialmente tratándose de un acto de contenido particular.

La sentencia en este aspecto contradice una jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado sobre los efectos del fallo de anulación que son distintos a los efectos del fallo de inexequibilidad que profiere la Corte, en el sentido de que los efectos de fallo de inexequibilidad son hacía el futuro, dejando consolidados los actos y situaciones nacidos a la vida jurídica durante la vigencia de la norma declarada inexequible; al paso que el efecto propio del fallo de nulidad es precisamente el contrario, esto es, que anula todo acto que hubiere nacido a la vida jurídica bajo la vigencia de la disposición anulada, mayormente cuando ese acto es particular o ha creado una situación particular, como sucede en el caso de la sentencia de la cual me separo. Además de lo anterior, no es comprensible que si un ciudadano acude ante la

justicia contenciosa administrativa para que se anule un acto que a su juicio es ilegal y le causa un perjuicio, y logra demostrar en el proceso que los soportes del acto no lo justifican, como es el caso de la providencia de la cual me separo, no puede el juez contencioso decir que aun cuando ha logrado desvirtuar el soporte del acto que atacó de ilegal, sin embargo no se anula la decisión que le causa perjuicio, porque existe otra norma, que no fue invocada como soporte del acto, que le da validez al acto acusado.

Creo que la misión de la jurisdicción contenciosa administrativa es sencillamente anular los actos arbitrarios o contrarios a la ley que ejecute el poder; y que por lo mismo destruido el soporte que se invoca por la administración para producir un acto, la solución que se impone es sencillamente su anulación; pero de ninguna manera puede aceptarse la solución que en esta providencia y en otras se ha adoptado, descubriendo normas que no fueron invocadas por la administración al tiempo de fulminar la multa a la entidad demandante.

Estas son brevemente expuestas, las razones fundamentales de mi disentimiento.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

PATENTE DE INVENCION. CONCESION SOBRE SUSTANCIA QUIMICA APLICABLE EN AGRICULTURA. (DECLARASE NULIDAD) CASOS EXENTOS DE CONCESION DE PATENTE.

Decreto 1190 de 1978, artículo 5º (Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena). DICTAMEN PERICIAL EN EL PROCESO DE CONCESION DE PATENTES. Su importancia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 72. Actor: Monsanto Company.

El apoderado de la sociedad Monsanto Company, domiciliada en los Estados Unidos de América, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en los artículos 67 y 69 del anterior Código Contencioso Administrativo, ha demandado ante esta Corporación lo siguiente:

"1ª Que se anule la Resolución número 1101 del 4 de junio de 1981, por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio negó un privilegio de patente solicitado por la sociedad Monsanto Company.

"2ª Que se anule la Resolución número 620 del 25 de mayo de 1982, mediante la cual el ministro de Desarrollo Económico confirmó en todas sus partes la resolución apelada.

"3ª Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio que proceda al estudio de novedad y aplicación del invento.

"4ª Que, igualmente, se ordene a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio continuar los trámites de la solicitud de patente de invención.

"5ª Que se ordene la publicación de la sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial conforme al literal d) del Decreto legislativo 209 de 1957".

Fundamentos de la demanda:

Los hechos.

El 27 de junio de 1975 la sociedad actora solicitó Patente de Privilegio de Invención ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, radicada bajo el número 152.574, para una invención denominada "*N-Fenilsulfonamida N-Fosfonometilglicina* y ciertos derivados de la misma".

Mediante los actos acusados se negó, con fundamento en los conceptos 2041 y 14203 de la Oficina Técnica de Patentes y en el literal c) del artículo 5º del Decreto 1130 de 1978, la concesión de la patente solicitada, puesto que se trata de un producto de "composición farmacéutica y medicamento de uso vegetal y como tal se exceptúa de patente".

Se aduce en la demanda que la invención consiste en la aplicación de derivados de una sustancia química en el tratamiento de plantas de azúcar para incrementar su contenido de sacarosa; es decir, que dada la naturaleza de dicha invención, "ésta se halla bien lejos de ser o parecer, aún en sentido metafórico, un producto farmacéutico o un medicamento". En consecuencia, concluye la demanda, "...los agentes de la administración procuraron dar apariencia de legalidad a su decisión recurriendo a temerarias y excesivas interpretaciones de normas legales ...decisión administrativa lesiva de legítimos derechos" debido a la tergiversación, y por tanto violatoria del artículo 5º literal c) del Decreto 1130 de 1978; también de los artículos 20, 63 y 120, numeral 18, de la Carta.

Los actos acusados:

Considera la Resolución 1101 del 4 de junio de 1981 que el Grupo Técnico de la Oficina de Patentes "no recomienda la concesión de la patente por cuanto el capítulo reinvindicatorio se refiere a compuestos y su uso, que son composiciones farmaceuticas y como tales tipifican una de las excepciones a la patentabilidad, concepto que fue ratificado mediante consulta formulada al Ministerio de Agricultura...". Agrega la resolución: "El literal c) del artículo 5º del estatuto legal vigente, consagra que no se otorgarán patentes para 'los productos farmacéuticos, los medicamentos, la sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal". En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, Sección Patentes, negó la concesión de la mencionada patente de privilegio de invención.

La resolución anterior fue apelada ante el Ministerio de Desarrollo Económico, el cual, mediante la Resolución 620 de 1982, la confirmó en todas sus partes, pues consideró que la solicitud constituye una excepción a la patentabilidad; excepción consagrada en el artículo 5º, literal c), de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, incorporada a nuestra legislación por el Decreto 1130 de 1978, circunstancia ésta que, después del análisis científico de rigor, así lo consideraron los expertos de la Superintendencia de Industria y Comercio, "con la salvedad de que los conceptos técnicos fueron puestos, a través del corresponi

diente traslado, en conocimiento de la parte interesada sin que ésta, en la correspondiente oportunidad procesal, los desvirtuara". En consecuencia confirmó el ministerio, en todas sus partes, la resolución apelada, no sin antes afirmar lo siguiente:

"Nos encontramos entonces frente a un concepto técnico que además de definitivo goza, según este despacho, de las condiciones de idoneidad, firmeza, precisión y calidad, por lo cual no es posible desconocerlo o ignorarlo en el caso presente".

Cargos contra los actos acusados:

Desde el punto de vista científico y jurídico es errada la motivación de los actos acusados, es lo sostenido por la parte actora, puesto que, con fundamento en el dictamen pericial, el invento de Monsanto no es un producto farmacéutico ni un medicamento. Estas expresiones, según dicho dictamen, aluden a sustancias que sirven para conservar la salud y para remedio de las enfermedades en humanos y animales. Luego la invención de Monsanto no corresponde a los eventos previstos en la norma legal invocada en los actos acusados.

Alegato de conclusión de la sociedad demandante:

Reitera los planteamientos del libelo inicial y los respalda con el dictamen rendido por los peritos acerca de la cuestión debatida (fls. 57 a 60).

Concepto del Ministerio Público:

Estima que el fondo del asunto no es tanto de tipo jurídico sino científico y que para dilucidar este último se decretó y practicó un peritazgo, cuyo resultado o conclusión aclara la realidad científica y, por ende, las consecuencias jurídicas que rodearon la expedición de los actos demandados. Y en forma textual concluye así:

"...dándole al peritazgo la importancia que una prueba como esa tiene dentro de un proceso de la naturaleza del que nos ocupa, este despacho ha llegado al convencimiento de que la invención denominada 'N-fenilsulfonamida-N-Fosfonometilglicina y ciertos derivados de la misma', sobre lo cual el demandante solicitó patente de invención, no es ninguno de los elementos cuya patente prohíbe otorgar el artículo 5º de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y particularmente que dicho invento no es un producto farmacéutico como se dijo en la Resolución 1101 demandada.

"Planteadas y probadas así las cosas, se concluye que la Resolución 1101 de 4 de junio de 1981 de la Superintendencia de Industria y Comercio y la 620 de 25 de mayo de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico, que confirmó la anterior, fueron resultado de una equivocada aplicación del artículo 5º de la Decisión 85 al invento de Monsanto hecho que constituye una violación de la ley en detrimento de los intereses legítimos del demandante que llevan a este despacho a sugerir, como en efecto

lo hace formalmente, que deben prosperar las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, declararse la nulidad de los actos administrativos demandados".

Consideraciones de la Sala:

Previa reconstrucción del expediente según el procedimiento del Decreto 3825 de 1985 por haberse incinerado en los insucesos de noviembre del Palacio de Justicia, pasa a decidirse así:

1. El caso que ocupa la atención de ésta se centra en el aspecto de determinar si la patente de invención solicitada por la sociedad actora a la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la invención denominada "N-Fenilsulfonamida-N-Fosfonometilglicina y ciertos derivados de la misma" es o no patentable frente a los supuestos del artículo 5º, literal c) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena incorporada a nuestra legislación por el Decreto número 1190 de 1978. La invención objeto de controversia consiste en la aplicación de la sustancia química identificada con la fórmula estructural antes indicada, en el tratamiento de plantas de caña de azúcar con la finalidad de aumentar su contenido de sacarosa.

La susodicha Superintendencia a través de los actos acusados se pronunció negativamente a la concesión del privilegio de patente por considerar que el producto se encuentra dentro de los casos de excepción del literal c) del artículo 5º de la Decisión 85 del Acuerdo de de Cartagena "por cuanto el capítulo reivindicatorio se refiere a compuestos y su uso, que son composiciones farmacéuticas y como tales tipifican una de las excepciones a la patentabilidad, concepto que fue ratificado mediante consulta formulada al Ministerio de Agricultura y absuelta el 11 de junio de 1980 en los siguientes términos: 'En razón de su uso, los pesticidas (insecticidas, fungicidas, bactericidas, nenoticidas, herbicidas, acoricidas), actúan como sustancias de acción preventiva, protectante y/o cerativa cuando son aplicados a las plantas, así mismo los abonos y fertilizantes se usan como fuente de ciertos elementos nutrientes, (nitrógeno, fósforo, potasio, molibdeno, zinc, etc., necesarios para que la planta disponga del alimento adecuado para completar su ciclo de vida, al tiempo que incrementa significativamente su producción, además de procurarle una mayor capacidad de defensa contra organismos patógenos. En relación con las fitohormonas y los reguladores de crecimiento, éstos actúan como aceleradores de algunos de los procesos vitales de la planta o como estabilizadores de los mismos" (fls. 15 y 16).

Se fundó para ello en el Concepto Técnico número 14.208 de 26 de septiembre de 1980 de su Oficina de Patentes (fls. 152 y 153) por el cual "se ratifica el Concepto Técnico número P-2041" y que concluye expresando lo siguiente: "Considerando los anteriores planteamientos este Ministerio cataloga a los anteriores insumos como productos farmacéuticos de uso vegetal, teniendo en cuenta para ello que la función que cumplen pueden asimilarse por el efecto que se alcanza al usarlos, al producido por los medicamentos de uso humano (Resolución número 1.101).

El Concepto Técnico número P-2041 había dicho en primer término que se trataba de "un producto que es una composición farmacéutica y medicamento de uso vegetal y como tal se exceptúa de la patente (fl. 147).

2. Previene el artículo 5º, literal c) de la Decisión 85:

"No se otorgarán patentes para:

. . . . . .

"Los productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal".

3. La sociedad demandante durante el curso del proceso solicitó un dictamen pericial en que somete a consideración de ingenieros químicos la cuestión materia de controversia y tendiente a desvirtuar la motivación científica de las resoluciones impugnadas. Para ello pidió a aquéllos precisión conceptual, entre otros aspectos, sobre lo que es un "medicamento", lo que es "un producto farmacéutico", si es conocida en el campo de la química la noción de "medicamento de uso vegetal", qué es maleza, cómo se definen científicamente los herbicidas y si las malezas están técnicamente clasificadas como medicamentos.

A todo lo cual respondieron dichos expertos:

"*Medicamento*: Sustancia simple o compuesta, que aplicada interior o exteriormente al cuerpo animal o humano, sirve para curar, prevenir o normalizar una alteración de una función fisiológica o que sirve para realizar el diagnóstico de normalidad o alteración de una función fisiológica en estos mismos seres.

Producto farmacéutico: Compuesto que ha sido sometido por el ingenio del hombre, a un proceso que lo hace apto para ser utilizado en la preservación de la salud, en la conservación de la higiene personal, en la curación de una enfermedad de humanos o animales, o en el mejoramiento y exaltación de los atributos físicos del ser humano.

b) Es conocido es el campo de la química la noción de 'medicamento de uso vegetal'?

En caso afirmativo, en qué consisten tales productos?

Cite ejemplos indicando su aplicación y sus efectos sobre las especies vegetales.

No. Por definición 'medicamento' excluye su uso en vegetales" (fls. 46 y 47).

"

. . . . . .

"El concepto de maleza no es fácil de definir satisfactoriamente De todas las definiciones, la más conveniente es 'planta que crece donde no se quiere'. Esto implica que una especie vegetal no siempre es maleza, sino sólo bajo determinadas circunstancias y su definición es una decisión subjetiva del observador.

"A pesar de que por definición, cualquier especie vegetal puede ser maleza, las malezas más obvias tienden a tener en común ciertas características que son responsables de su proliferación y de su carácter problemático. Estas especies se establecen sin acción deliberada del hombre y cuando están presenten (sic) son difíciles de erradicar. Tienden a ser agresivas, competitivas y adaptables, capaces de explorar habitats creados o modificados por el hombre, lo mismo que a crear extensas poblaciones que interfieren con la agricultura y otras actividades.

"Sus atributos más importantes son su eficiente reproducción combinada con mecanismos que les permiten sobrevivir bajo condiciones temporalmente desfavorables" (fl. 30).

"..... .....

"*Herbicidas*: Sustancia de naturaleza química o biológica que es capaz de alterar la fisiología de las plantas que actúan como malezas, durante un período suficientemente largo como para impedir su desarrollo normal o causarle la muerte, sin afectar los cultivos.

El herbicida se puede aplicar en diferente época del período del cultivo:

a) Herbicidas de presiembra incorporados;

b) Herbicidas pre-emergentes;

c) Herbicidas post-emergentes.

Pueden ser aplicados al suelo para que penetren por el sistema radicular o también pueden ser aplicados a las hojas.

De acuerdo al sistema de penetración son:

Sistemáticos: si actúan en sitio diferente al de su aplicación y, por lo tanto, deben ser translocados.

De contacto: Actúan en el área donde son aplicados.

Los herbicidas pueden inhibir el desarrollo de las malezas o causarles la muerte porque afectan uno o varios de los siguientes procesos fisiológicos:

La fotosíntesis.

La formación de los compuestos ricos en energía y la respiración.

La formación o actividad de las membranas celulares.

La síntesis de ácidos nucléicos.

La germinación, el brote y el crecimiento de las raíces y el coleóptido.

Las proteínas.

Los matamalezas están clasificados técnicamente como 'medicamentos'?".

No (fls. 47 y 48).

Y por último contestaron al resto de los temas que se le propusieron así: científicamente no está considerada la proliferación de plantas extrañas a ese cultivo como enfermedad; los herbicidas no tiene efecto curativo o de alivio de esa enfermedad. Ellos al inhibir el crecimiento de las malezas o causarles la muerte, permiten que haya más luz, agua y nutrientes disponibles para el cultivo, la estructura química del producto objeto de litis "Sí le permite actuar como herbicida, pero el uso indicado en la solicitud de patente es diferente al de herbicida".

La función que cumplen los herbicidas no puede asimilarse por el efecto que se alcanza al usarlos al producido por el medicamento de uso humano, ya que su efecto no es curar, prevenir o normalizar una alteración de esa función fisiológica de las malezas. Y como corolario de todo lo anterior, sostiene el experticio lo siguiente:

"Habiendo aclarado los anteriores conceptos y conociendo la biología de las malezas y su efectos (sic) sobre los cultivos, entramos a emitir nuestro concepto, desde el punto de vista científico, en el proceso de solicitud de patentes de privilegio de invención consistente en: 'N-fenilsulfonamida-N-fosfonometilglicina y ciertos derivados de la misma' ".

Como consta en el folio número 14 (pág. 2 de la petición presentada a los honorables magistrados del Consejo de Estado por el doctor Augusto Hernández Becerra), la solicitud de patente de privilegio de invención denominada "N-fenilsulfonamida-N-fosfonometilglicina y ciertos derivados de la misma" consiste en nuevos derivados de una sustancia química y un método específico de aplicación en agricultura, particularmente en la industria de la caña de azúcar, para aumentar el contenido de sacarosa mediante la aplicación de los compuestos a las plantas de ese cultivo.

En la solicitud de patente no se registra en ningún momento su uso como herbicida, ya que el objeto de su empleo no va dirigido a alterar la fisiología de especies que en el cultivo de caña de azúcar estén actuando como malezas.

Es verdad que por su composición química podrían actuar como herbicidas si al aplicarlo en el cultivo de caña de azúcar, ésta tiene los mecanismos para detoxicar la molécula, o evitar su penetración mientras que éste actúa sobre las malezas que existan en el cultivo interfiriendo con alguno de sus procesos vitales, posiblemente inhibiendo su respiración y la formación de compuestos ricos en energía, alterando las membranas celulares o afectando la síntesis de proteínas.

Por otra parte, un herbicida no es empleado en ningún momento para preservar la salud de la planta o para curar una enfermedad, ya que la maleza no causa, en sí, enfermedad al cultivo sino que disminuye la disponibilidad de luz, agua y nutrientes que de otra forma estarían disponibles para la cosecha. Por consiguiente, aún en el caso de que fuera utilizado como herbicida, en nuestro concepto, no puede ser catalogado como composición farmacéutica y medicamento de uso vegetal. Además, por definición, el *medicamento* no se refiere a compuestos para uso en vegetales sino para ser empleados en animales y humanos.

La función asignada al producto, de acuerdo con los datos suministrados por la compañía Monsanto, es lograr un aumento en el contenido de sacarosa en la caña de azúcar.

La sacarosa es sintetizada por la planta con el objeto principal de servir de forma de transporte de los carbohidratos (azúcares) dentro de ella, por sus características de alta solubilidad y además por el hecho de que dada su estructura química, no es atacable por la mayoría de las enzimas presentes en la planta, por consiguiente en esta forma los carbohidratos pueden ser desplazados de un tejido, por ejemplo de la hoja, a otros, donde son utilizados como fuentes de átomos para sintetizar sus propios compuestos y como fuente de energía.

En algunas plantas, como en los pastos y las compuestas (algunas de ellas), por polimerización de la sacarosa, se forman carbohidratos de reserva como la inulina.

Para que un compuesto químico pueda aumentar el contenido de sacarosa en la caña de azúcar, debe inhibir los procesos de su utilización, aumentar los procesos de su síntesis o efectuar una combinación de ambos efectos. Esto quiere decir que debe alterar su función fisiológica normal y su composición; por consiguiente, en este sentido se puede considerar que está produciendo un organismo enfermo, *no está curando* un organismo, luego no puede considerarse como medicamento.

Para lograr esta acción puede actuar como regulador fisiológico de las plantas y como tal, por extensión de la definición de plaguicidas, puede catalogarse como este tipo de compuestos.

> Por consiguiente, en nuestro concepto, cuando el uso de la N-fenilsulfonamida-N-fosfonometilglicina y ciertos derivados es el producir un aumento de sacarosa en la caña de azúcar o servir como herbicida, no corresponde a un producto farmacéutico, ni a un medicamento, ni a sustancia terapéutica activa, ni a bebida, ni alimento para uso humano, animal o vegetal" (fls. 42, 43, 44 y 45).

Del examen detenido, concienzudo y sistemático que la Sala realiza del antedicho dictamen, concluye que debe acogerlo teniendo en cuenta la calidad de los profesionales que lo emiten, ambos ingenieros químicos identificados con sus correspondientes tarjetas oficiales del Ministerio de Educación Nacional, sus sólidos fundamentos científicos que se descubren en el razonamiento firme, seguro y preciso con que tratan las materias sometidas a su leal saber y entender.

Es decir que se satisfacen en el evento *sub lite* a cabalidad las exigencias que el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el artículo 65 del Código Contencioso Administrativo establece como elementos de juicio para la apreciación judicial de la prueba pericial.

Surge entonces del experticio que el producto cuya patente de invención se negó en la vía gubernativa, no se encuentra dentro de los casos taxativos del artículo 5º, literal c) de la Decisión 85 del

Acuerdo de Cartagena (Decreto 1190 de 1978) aducidos por la Superintendencia de Industria y Comercio para apoyar su negativa.

Por último obsérvese que de la solicitud de reconstrucción del presente proceso se notificó personalmente al Ministro de Desarrollo Económico y a la Superintendencia de Industria y Comercio sin que se hubieran hecho presentes durante el resto del proceso, y la parte del mismo que se reconstruyó tampoco dá cuenta de que el dictamen pericial hubiere merecido objeción alguna de dichos funcionarios.

Habrá por las razones antes explicadas de anularse los actos enjuiciados.

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

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de las Resoluciones distinguidas con los números 1.101 de 4 de junio de 1981 y 620 de 25 de mayo de 1982, proferidas respectivamente por la Superintendencia de Industria y Comercio y por el Ministerio de Desarrollo Económico, por medio de las cuales, en el mismo orden, se negó la patente de invención denominada "N-fenilsulfonamida-N-fosfonometilglicina y ciertos derivados de la mismo" solicitada por la sociedad Monsanto Company, y se confirmó ésta.

Segundo. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad anterior se ordena, a título de restablecimiento del derecho, a la División de Propiedad Industrial, de la Superintendencia de Industria y Comercio que proceda al estudio de novedad y aplicación de invento.

Tercero. Del mismo modo dicha División de Propiedad Industrial proseguirá los trámites de la solicitud de Patente de Invención.

Cuarto. Ordénase la publicación de esta sentencia en la Gaceta de la Propiedad Industrial.

Quinta. Copia auténtica del presente fallo se enviará a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la Sala de once (11) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. ESTATUTO DE PERSONAL.

Ellos se refieren a la organización administrativa interna del respectivo ente y conformados dentro de los lineamientos generales de la NORMATIVIDAD BASICA QUE LOS RIGE, COMO LA LEY DE SU CREACION O AUTORIZACION, sin que de manera alguna puedan estatuir normas referidas a su vida de relación ya con los terceros y sus trabajadores (El artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia. EMPLEADOS ADMINISTRATIVOS. El nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes deben ajustarse a las normas expedidas por el Congreso (Artículo 62 de la C. N.). EMPLEADOS PUBLICOS. RETIRO O DESPIDO.

Quedó bajo la exclusiva reserva del legislador. ACTO ADMINISTRATIVO. No puede quebrantar el ordenamiento constitucional. INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION: El Decreto ley 3267 de 1963 le atribuyó funciones para adoptar y modificar los estatutos del instituto sujetos a la aprobación del Gobierno dictar reglamentos sobre funcionamiento y crear y suprimir y fusionar los cargos necesarios para la buena marcha de la entidad y no para expedir los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965. FACULTADES DEL CONGRESO DADAS AL LEGISLADOR EXTRAORDINARIO. Este no puede trasladarlas.

DECRETOS DE ESTADO DE SITIO ELEVADOS A CATEGORIA DE LEY. Esa conversión por así decirlo, no subsana los defectos de inconstitucionalidad que pueden contener. CONSTITUCION NACIONAL "LEY REFORMATORIA Y DEROGATORIA DE LA LEGISLACION PREEXISTENTE". Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente (art. 9º Ley 153 de 1887).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 232. Actor: Alfonso José Medina Vega y otro. Autoridades Nacionales.

Se entra a decidir el recurso de apelación interpuesto por los demandantes Alfonso José Medina Vega y Samuel Morales Torres, contra la sentencia de 28 de julio de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda instaurada, mediante acción de restablecimiento del derecho, contra unos actos administrativos del Instituto Nacional de Radio y Televisión.

Con la demanda se pretende la nulidad de las Resoluciones 02371 y 02395 de 13 y 15 de mayo de 1981, respectivamente, por las cuales declaran insubsistentes los nombramientos de los demandantes; que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene el reintegro de aquellos; que se condene a la Nación, Instituto Nacional de Radio y Televisión, a reconocer y pagar los sueldos, primas, subsidios, vacaciones y demás emolumentos, dejados de percibir desde la fecha de insubsistencia, hasta la fecha en que se efectúe el reintegro; y que se declare que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados por los demandantes.

Como hechos fundamentales de la acción se explica que los actores prestaron servicios a INRAVISION desde hace muchos años; que estando desempeñando sus cargos, el Director General declaró insubsistentes los nombramientos de aquellos, sin darse razón para ello y sin la observancia de un procedimiento legal de carácter disciplinario.

La sentencia apelada no reconoce el derecho alegado, y para ello se funda en una sentencia proferida por esta Sala, en un caso similar. Los demandantes exponen una serie de nuevos argumentos para hacer ver lo que ellos consideran como una decisión judicial equivocada.

Trabada la relación jurídico-procesal sin que se observe ningún vicio susceptible de invalidarla, se entra a decidir de mérito la segunda instancia.

Consideraciones de la Sala:

No cabe duda que sobre el tema planteado en la demanda, que es eminentemente de interpretación, se han dado decisiones jurisdiccionales distintas. El asunto estriba en saber hasta dónde llega, o cuál es el alcance de las Acuerdos (los números 20 de 20 de diciembre de 1964 y 43 de 15 de septiembre de 1965), adoptados por la Junta Administradora del Instituto Nacional de Radio y Televisión, obviamente antes de la actual vigencia de régimen jurídico, que para aquella época ostentaba la calidad de un establecimiento público del orden nacional. La inquietud llega inclusive a suscitar el interrogante si los mencionados Acuerdos surgieron a la vida jurídica enfrentados a preceptos jurídicos de superior jerarquía, o si por el contrario, su juridicidad es valedera. El Consejo de Estado hasta el año de 1982 consideró su viabilidad jurídica. En sentencia de 5 de febrero de 1983 esta Sala "rectifica la jurisprudencia suya sobre la materia, contenida en sentencias anteriores, como las que citan el actor y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca".

La parte actora en memorial, visible a los folios 26 y siguientes, contrarresta los argumentos sostenidos en aquella sentencia rectifica-

toria, y por lo tanto entra esta Corporación a verificar un nuevo examen sobre la observancia o no de los referidos Acuerdos respecto al caso en controversia.

Por razones de método se precisará cuál es la naturaleza jurídica de los Acuerdos de Inravisión, se señalarán los fundamentos dados en la última sentencia del Consejo sobre el caso, como los esgrimidos por el apelante en oposición a los de aquella. Correlativamente irá la Sala señalando su criterio.

a) Naturaleza jurídica de los Acuerdos.

Los Acuerdos, que como ya se dijo son los de fechas 20 de diciembre de 1964 y 15 de septiembre de 1965, rezan en los pertinentes epígrafes así: "Por medio del cual se toman algunas determinaciones sobre prestaciones, auxilios, escalafón, viáticos, primas, condiciones de trabajo, salarios, representación y permisos sindicales. La Junta Administradora del Instituto Nacional de Radio y Televisión, en uso de sus facultades legales y estatutarias, acuerda..." Luego viene el precepto, cuya incidencia se discute en la materia del presente precepto, que es del siguiente tenor:

> "Artículo segundo. Garantizar la estabilidad en el empleo a todo el personal del Instituto, teniendo en cuenta su conducta y y su idoneidad. Ningún trabajador podrá ser despedido sin que previamente se le oiga en la Comisión de Personal para presentar los descargos correspondientes, conforme a lo previsto en el reglamento de trabajo. Solamente podrá terminarse la relación de trabajo con los empleados al servicio del Instituto por las causales establecidas en el reglamento interno de trabajo".

Se trata, en evidencia, de unos actos administrativos de carácter general, de los llamados actos reglas. Necesariamente que todo acto de tal naturaleza debe estar acorde con el ordenamiento jurídico superior, o sea, lo que ha venido en denominarse el principio de legalidad de los actos administrativos. Adelante, se estudiará la legalidad de aquella manifestación de voluntad de la administración pública en el caso concreto puesto al examen de la justicia.

b) Los fundamentos de la sentencia de esta Sala.

Como ya se dijera, esta Sala, en sentencia de 5 de febrero de 1983 (*Anales*, T. CIV, Primer Semestre), rectificó su posición inicial y al efecto vale la pena transcribir a continuación, el propio resumen de los importantes criterios y conclusiones allí expuestos:

> "1ª La materia que es objeto de los artículos 46 del Acuerdo 20 de 1964 y 2º del Acuerdo 43 de 1965, emanados de la Junta Directiva de INRAVISION es distinta de la que tratan los artículos 38 y 39 del Decreto extraordinario 3130 de 1968.
>
> "2ª En virtud de la declaración de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, el artículo 39 que a él se refería, sufrió un fenómeno de sustracción de materia, perdió eficacia.

"3ª Las Leyes o los Decretos extraordinarios que espera el Tribunal que dicten el Congreso o el Gobierno no son los proyectos de estatuto de personal de que trata el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que debían —y no podrán— elaborar las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Estado (se entiende, en este último caso, respecto de quienes excepcionalmente tengan en ellas el carácter de empleados públicos).

"4ª El Decreto 2400 de 1968 es una disposición posterior, de superior jerarquía y regula íntegramente la materia concerniente al retiro de los empleados del servicio; por lo tanto, derogó en ese aspecto, antes de que entrara en vigencia el artículo 39 del Decreto 3130 del mismo año, los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965, expedidos por la Junta Directiva de INRAVISION, así como derogó las disposiciones legales relativas a la materia, afirmación que se puede hacer sin necesidad de calificar la especialidad o generalidad de ellas. Y si no fuera así, cabría la aplicación del artículo 65 del mismo Decreto 2400, modificado por el 3074, que, con la salvedad relativa a los artículos 178 y 179 del Decreto 1732 de 1960 'y las disposiciones del mismo Decreto que hacen relación a los empleados del orden departamental y municipal', deroga las disposiciones que le sean contrarias.

"5ª El artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 no podía dar fuerza obligatoria ni vigencia indefinida a unas disposiciones derogadas, contrarias, además, a la Constitución y a otras normas legales.

"6ª No puede prevalecer ni constituirse en excepción respecto de una norma legal, aunque sea general, una disposición de inferior jerarquía, por el hecho de ser especial.

"7ª Las disposiciones que otorgan facultad a entidades públicas o a funcionarios públicos, que discrecionalmente pueden usarlas o dejar de ejercerlas en determinadas circunstancias, no por eso pierden jerarquía ante normas subalternas ni fuerza derogatoria respecto de las anteriores.

"8ª No se puede aplicar en este caso el principio de la favorabilidad en beneficio del demandante por cuanto los artículos 38 y 39 del Decreto 3130, de un lado, y el 26 del Decreto 2400, del otro, por ningún aspecto regulan la misma materia o se refieren a ella. No hay conflicto de leyes.

"9ª Ninguna disposición de jerarquía inferior podía arrebatarle al Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión en cuanto es la autoridad nominadora, la facultad que le concede una norma legal —el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968—, ni él puede en manera alguna renunciar a ella. Cuestión distinta es el cambio de competencia.

"10. No es ilegal el Acuerdo número 010 de 1973, emanado de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión que no hace otra cosa que ajustar el artículo 2º del Acuerdo 43 de 1965 a las normas legales vigentes, en estos términos irreprochables: 'Aclárase el artículo segundo (2º) del Acuerdo número 43 del 15 de septiembre de 1965, en el sentido de que la garantía de

estabilidad en el empleo a todo el personal del Instituto Nacional de Radio y Televisión, está limitada por las disposiciones legales que rigen los derechos y deberes de los empleados públicos. En consecuencia, como tales son de libre nombramiento y remoción, salvo los casos de quienes estén inscritos en la Carrera Administrativa para los cuales se aplicarán las normas pertinentes'.

"11. Contrariamente a lo que piensa el Tribunal, quedaron sometidos a la norma del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 los empleados públicos vinculados a INRAVISION, así como lo están todos los que prestan sus servicios a la Nación en la Presidencia de la República, Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y excepcionalmente en empresas oficiales y sociedades de economía mixta (inciso segundo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, artículo 3º del Decreto 3130 del mismo año y 3º del Decreto 130 de 1976, extraordinario, como los anteriores), salvo que tales servidores nacionales gocen del amparo de alguna carrera o de un período fijo, o de algún fuero creado legalmente.

"12. De acuerdo con lo anterior, el Director de INRAVISION sí podía declarar la insubsistencia del nombramiento del demandante, en uso de la facultad concedida por el artículo 26 del Decreto extraordinario 2400 de 1968.

"Por otra parte, en desacuerdo con las apreciaciones del actor, estima la Sala que la cita que en los 'considerandos' de la Resolución acusada se hace del Decreto 2132 de 1976 no tiene el alcance de configurar una falsa motivación ni tenía el de exigir un procedimiento disciplinario para comprobar una falta que no se le imputó. Hubo simplemente un error de cita por exceso de prevención. Además, la sanción que prevé ese Decreto es sólo la de suspensión en el ejercicio del cargo; en ningún caso la remoción del funcionario. La providencia ni siquiera cita la disposición del mencionado Decreto que hace el señalamiento de faltas, como es el artículo 2º; se limita a decir 'que mediante el Decreto legislativo 2132 del 7 de octubre de 1976 el Gobierno Nacional suspendió las normas concernientes a los derechos, garantías y demás efectos de las carreras administrativa, docente, carcelaria, penitenciaria, diplomática y consular mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional'. Con ese considerando se quiso decir sólo, pero inoficiosamente, que si el demandante fue inscrito en alguna carrera, no tenía el amparo de ella por haber sido suspendidas sus garantías y demás efectos en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2132 de 1976 (art. 3º) y que, por lo tanto, libremente su nombramiento podía ser declarado insubsistente".

c) Argumentos del apelante.

Se traen por la parte actora siete razones, que ella considera suficientes para demostrar lo que a su turno califica de argumentos y conclusiones equivocados de la anterior sentencia. Se hará una síntesis de eso nuevos planteamientos, formulados por dicha parte, en los numerales que siguen:

I. La materia de que tratan los artículo 64 y 2º de los Acuerdos números 20 de 1964 y 43 de 1965 no es distinta de la tratada por los artículos 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968. Antes de la reforma de 1968 existía una verdadera anarquía conceptual y legislativa respecto a las facultades de los órganos de dirección de los entes territoriales y de los descentralizados por servicios, especialmente en materia de estatutos de personal, y al efecto no existía un criterio claro sobre si esos órganos podían dictar o no normas sobre el personal a su servicio. Ello obligó la expedición de la Ley 65 de 1967, por la cual se concedieron facultades al Ejecutivo para, entre otras cosas "establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales del orden nacional en sus diversas categorías en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales y el régimen del servicio" (literal j, art. 1º), y por otra parte la razón para que el Ejecutivo, en ejercicio de esas facultades, estableciera en el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 que "las normas vigentes sobre la materia de que trata el artículo 38 del presente Decreto, continuarán rigiendo en cada organismo hasta la aprobación por el Gobierno de los proyectos a que se refiere el artículo anterior". Sentada esta premisa que es "irrefutable, incontrovertible", pues sólo después la Corte Suprema de Justicia, a raíz del fallo de diciembre de 1972 que declaró inexequible el artículo 38 del Decreto 3130 y el Consejo de Estado, dejaron muy en claro que estos aspectos sobre régimen de personal sólo pueden ser regidos por el legislador. De allí que no sea cierto que la materia reglada por los Acuerdos antes referidos sea distinta de la tratada por los artículos 38 y 39 de dicho Decreto, puesto que tanto aquellos como estos se refieren al "régimen del servicio" de que habla el ya mencionado literal j) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967. Dentro de ese régimen de servicio, que no es otro que el denominado "servicio civil de la República, integrado por funcionarios públicos y trabajadores oficiales de carácter civil", se encuentra todo lo que tiene que ver con ese personal, y todo lo que hace con las personas que integran dicho servicio, y dentro de ello, desde luego, la movilidad o inamovilidad (estabilidad relativa) de aquellas.

Considera la Sala:

Resulta indiscutible por el principio de legalidad de los actos administrativos que estos deben encontrarse conformes con el derecho positivo, puesto que no sería de recibo que prevaleciesen sobre normas superiores. Por virtud de lo normado en el Decreto 1050 de 1968 (art. 26) las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos están facultados para adoptar los estatutos de la entidad y someterlos a la aprobación del Gobierno. Naturalmente que estos estatutos tienen que referirse a la organización administrativa interna del respectivo ente y conformados dentro de los lineamientos generales de la normatividad básica que los rige como de la ley de su creación o autorización, sin que de manera alguna puedan estatuir normas referidas a su vida de relación ya sea con los terceros y sus trabajadores

Precisamente el artículo 38 del Decreto 3130, como se sabe, pretendió darles a las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales la facultad de

elaborar para aprobación del Gobierno el proyecto de estatuto de personal; norma que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte.

Sabido también lo es que por disposición plebiscitaria del año de 1957 se incorporó a la Carta el precepto de que el Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan calidad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla, sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido (art. 62 de la C. N.).

Vale decir, entonces, que quedó bajo la exclusiva reserva del legislador todo lo concerniente al régimen de retiro o despido de los empleados públicos, sin que por manera alguna quede la posibilidad excepcional —por la vía estatutaria— de que los establecimientos públicos estatuyan normas sobre esa materia.

Alega el recurrente que antes de la reforma administrativa del año de 1968 no existía una claridad conceptual sobre las facultades de las Juntas de las entidades descentralizadas para disponer sobre el régimen de personal a su servicio. Empero, no puede negarse el mandato del constituyente de 1957, muy claro por demás. Un acto de la administración —anterior o posterior— no puede quebrantar un ordenamiento de la superioridad normativa de la Constitución.

Los Acuerdos de INRAVISION que son posteriores a la reforma plebiscitaria del año de 1957 no podían ir más lejos de lo previsto allí en materia de régimen de personal y particularmente en materia de retiro o despido, cuestiones estas deferidas expresamente a la voluntad legislativa. Y la voluntad administrativa no puede en manera alguna prevalecer sobre aquella. No es correcto en derecho que un acto administrativo de carácter general —regla— que se encuentre en contravía a lo dispuesto por el constituyente, tenga poder normativo y ser generador de situaciones jurídicas.

Es innegable que la reforma administrativa del año de 1968 sistematiza conceptualmente el régimen de las entidades descentralizadas —establecimientos públicos, empresas estatales y sociedades de economía mixta—; pero también resulta que ya para antes existía un estatuto normativo sobre las empresas y establecimientos públicos descentralizados, como lo era la Ley 151 de 1959, que en parte alguna les atribuyó la posibilidad de expedir estatutos normativos de la naturaleza anteriormente indicada. Es por ello que al expedirse el Decreto-ley 3267 de 1963, por el cual se señala que el servicio público de radiodifusión y televisión a cargo del Ministerio de Comunicaciones será prestado a partir del 1º de abril de 1964, por un establecimiento público, denominado Instituto Nacional de Radio y Televisión, dentro del marco de la referida ley, no le atribuye aquel Decreto-ley a la Junta Administradora de dicho Instituto, facultades de expedir Acuerdos como los números 20 de 1964 y 43 de 1965 mencionados, sino funciones para adoptar y modificar los estatutos del Instituto sujetos a la aprobación del Gobierno; dictar los reglamentos sobre el funciona-

miento del Instituto; y crear, suprimir y fusionar los cargos necesarios para la buena marcha de la entidad.

No pone en duda la Sala que el artículo 1º (literal j) de la Ley 65 de 1967 le concedió facultades al Ejecutivo para establecer las reglas a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales en materia de creación de empleos y el régimen del servicio; como también concuerda con el apelante que ese régimen es el del "servicio civil de la República integrado por funcionarios públicos y trabajadores oficiales"; pero lo que no es aceptable desde ningún punto de vista es que esa facultad dada al legislador extraordinario pueda trasladársele a las Juntas de aquellos institutos. Y menos lo que atañe al régimen de retiro o despido de los empleados que quedó anclado en la órbita estrictamente legal, como ya quedase dicho.

II. La segunda razón que expone el apelante frente al parecer jurisprudencial de esta Sala es la siguiente:

La declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 no implica que el 39 *ibídem* que se remite al anterior, por esa circunstancia haya sufrido un fenómeno de sustracción de materia, que haya perdido eficacia. Que esa remisión que hace el legislador extraordinario no tiene otro sentido que el de evitar una innecesaria repetición de normas. La sustracción de materia es un fenómeno que sólo se da cuando una norma legal deja de existir por anulación, inexequibilidad, derogación, etc.; pero no se puede predicar ella cuando desaparece no la norma que se invoca como fundamento de una reclamación, sino otra a la cual simplemente se le hace una referencia para no tenerse necesidad de repetir lo mismo.

Considera la Sala:

El problema se contrae a saber el alcance normativo del artículo 39 del referido Decreto-ley 3130 de 1968, cuando por otro lado el artículo 38 del mismo cuerpo legal fue declarado inexequible al considerarse que los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado por imposibilidad constitucional no pueden elaborar para aprobación del Gobierno el proyecto de estatuto de su personal en las materias allí detalladas. Esas materias eran las atinentes a las condiciones para la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la carrera administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamientos de comisiones en el interior o en el exterior del país. El artículo 39 que invoca el demandante como fundamento para que aquellas entidades descentralizadas puedan mantener sus propias normas, si no media una eliminación expresa de las mismas, es del siguiente tenor: "Las normas vigentes sobre las materias de que trata el artículo 38 del presente Decreto, continuarán rigiendo en cada organismo hasta la aprobación por el Gobierno de los proyectos a que se refiere el artículo anterior". Es obvio que ese término *ad quem* no puede darse ya que ni los proyectos sobre aquellas

materias, ni la aprobación de los mismos, son de recibo según la referida sentencia de inconstitucionalidad.

Se vuelve a repetir que un mero acto administrativo aún de carácter general o regla no puede tener prevalencia sobre el texto positivo de la ley que señale una normatividad diferente o contraria, y menos cuando el constituyente definió de una manera expresa la competencia exclusiva al legislador todo lo concerniente a las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por méritos y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido. Carece de sentido que, unos acuerdos administrativos, que desde *ab initio* carecían de fundamento legal como se dijera en el número I anterior, puedan tener primacía sobre todos los textos legales proferidos dentro del marco de la Carta Política, como son los Decretos extraordinarios números 2400 de 1968 y 3074 del mismo año, y el reglamentario 1950 de 1973, ya que de serlo así se desquiciaría todo el esquema de la jerarquía normativa, tan vital en la esfera del ordenamiento jurídico.

III. Otra razón esgrimida por el recurrente contra el criterio jurisprudencial de la Sala es el siguiente: Por razón de las vaguedades e imprecisiones sobre las facultades de los órganos de dirección de los entes descentralizados para dictar estatutos de personal, y para que en un momento dado no pudiera presentarse una situación de caos jurídico, si llegara a determinarse por la Corte Suprema de Justicia la "inexistencia de esa facultad para dictar estatutos de personal el legislador extraordinario se vio precisado a adoptar dichas normas vigentes como legislación permanente, hasta que se modificaran, lo que es factible desde un punto de vista estrictamente jurídico". Es así, como el recurrente bajo ese orden de ideas sostiene que en muchas ocasiones el Congreso Nacional se ha visto precisado a adoptar como legislación permanente normas expedidas por el Ejecutivo, tal como ocurrió con la Ley 141 de 1961 por la cual se adoptaron como leyes los Decretos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución Nacional desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958. Afirma por otra parte que este mecanismo convalida lo inscontitucional o ilegal, puesto que se da el fenómeno de la purga de inconstitucionalidad o de ilegalidad, además de que el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 sigue rigiendo conforme al artículo 11 de la Ley 153 de 1887.

Considera la Sala:

Es cierto que en el país, por razones que no es del caso repetir aquí, se han elevado a la categoría de las leyes cierto número de Decretos legislativos de aquellos a que alude el artículo 121 de la Carta, y que como en este precepto se indica su duración está condicionada al restablecimiento del orden público. Esa conversión, por así decirlo, no subsana los defectos de inconstitucionalidad de que pueda adolecer materialmente alguno o algunos de los preceptos que por dicho mecanismo hayan adquirido el rango de ley. No es ese el fenómeno denominado como de purga de inconstitucionalidad.

Cuestión diferente es la de que actos o acuerdos de un ente descentralizado, como un establecimiento público, proferidos fuera de toda

competencia, como los indicados aquí en esta providencia, los de fecha 20 de diciembre de 1964 y 15 de septiembre de 1965, fueron expedidos con posterioridad a la reforma plebiscitaria de 1957, en que precisamente se determinó que todo lo referente a régimen de personal, como las condiciones de retiro o despido queda asignado al legislador. Esos estatutos o acuerdos carecen en absoluto de toda vocación jurídica, como quiera que INRAVISION no podía establecer por sí y ante sí, fuera del texto constitucional ya indicado e incorporado en el artículo 62 de la Carta, un régimen normativo para sus empleados, que como vuelve a repetirse tiene que ser eminentemente legal.

La circunstancia de que el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 hubiese deferido toda esa materia a los estatutos de personal que elaboraran las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas estatales, con aprobación del Gobierno Nacional, determinó como es obvio su declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia. No pudiendo inclusive las entidades descentralizadas antes mencionadas estatuir sobre el régimen de personal de sus empleados por la prescripción de carácter constitucional ya indicada, cualesquiera de esos Acuerdos por la razón dicha, nacieron írritos y si de hecho fueron expedidos, por la falta absoluta de competencia sobre el particular, deben entenderse como inexistentes, por lo que la norma del artículo 39 del Decreto 3130, no tiene la virtualidad de reavivarlos jurídicamente.

El argumento de la parte actora de que todo lo dispuesto por las juntas directivas de aquellos entes sobre régimen de personal tiene su plena eficacia hasta tanto no se profieran normas legales especiales que las retiren del mundo jurídico, por la sencilla circunstancia de que el referido artículo 39 se encuentra vigente y además hace referencia a las materias aludidas por el artículo 38, no consulta la realidad jurídica como pasa a verse.

En primer lugar los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como personas jurídicas de derecho público del sector descentralizado de la administración, tienen un ámbito de competencia prefijado en las normas positivas superiores, que sólo les permite actuar válidamente dentro del ejercicio de las facultades y poderes atribuidos. De lo que se ha visto hasta ahora, tales entidades después de la reforma constitucional del año 57 no podían adquirir en ningún caso capacidad para estatuir normas sobre personal y específicamente en materia de retiro o despido que quedó atribuida exclusivamente al legislador. Precisamente los acuerdos ya referidos de INRAVISION y que se arrogaron esa competencia son posteriores a esa reforma. En segundo lugar no aparece para antes de ese año ningún texto positivo de jerarquía legal que le hubiera otorgado a las juntas de los referidos institutos una competencia en tal sentido, y si así hubiese sido todo lo normado sobre el particular cesaría obviamente, sin necesidad de ninguna especial declaratoria a nivel legislativo, como equivocadamente se pretende. El hecho de que el artículo 39 del Decreto 3130 haga una referencia de las normas vigentes sobre las materias de que trata el artículo 38 —declarado inconstitucional— y de que diga que ellas continuen rigiendo en cada organismo hasta la aprobación por el Gobierno de los proyectos a

que se refería este último artículo, no quiere decir que se de una preeminencia sin sentido de que unas disposiciones de Junta Directiva precedan ante el texto constitucional. Obviamente se daba un especial enlace entre los artículos 38 y 39 del Decreto 3130, que desapareciendo el primero por inconstitucional y que le servía de soporte al segundo, hace ver que la norma invocada por la parte actora no puede servir de fundamento a una presunta validez de unos Acuerdos de Junta Directiva sobre una materia reservada al legislador, como tanto se ha repetido. Por último no puede olvidarse que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente, y que toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente (art. 9º, Ley 153 de 1887).

IV. Se sostiene por el recurrente que con el criterio adoptado por la Sala se le desconoce a los empleados de INRAVISION un derecho laboral, al cual se le debe protección según el artículo 17 de la Constitución Nacional y que así mismo no es valedero el argumento de que el Decreto-ley 2400 de 1968 por ser posterior haya derogado tácita o expresamente los Acuerdos referidos. Agrega lo siguiente:

"Esa derogación se produjo —observa la Sección— en cuanto por su artículo 39 le da fuerza obligatoria a los citados Acuerdos, se expidió después del Decreto 2400 de 1968 que había derogado los Acuerdos de INRAVISION, por manera que aquél no podía dar fuerza obligatoria a lo ya derogado.

"Sinceramente me parece inadmisible, desde todo punto de vista, que se pueda creer al legislador tan absurdo, tan cretino y perdóneseme la expresión, para dictar normas en forma tan contradictoria: Derogar tácita o expresamente una norma y después, por medio de otro acto, expedido por él mismo apenas unos meses después, referirse a esa norma supuestamente derogada por él, para darle fuerza de ley.

"Empero, si ese planteamiento que se hace en el fallo fuera aceptable, cabría llegar a otra conclusión diferente a la del fallo: La norma posterior, por ello, y porque es especial ya que se refiere a la administración descentralizada por servicio y a quienes prestan sus servicios en ella, habría que aplicarla de preferencia, según los principios de interpretación de la ley consagrados en las Leyes 57 y 153 de 1887.

"Y no se diga que el Decreto 2400 de 1968 regula íntegramente la materia, porque ello tampoco es cierto; bien sabemos que no sólo el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tienen y siempre han tenido disposiciones sobre esta materia de Estatutos de Personal para docentes, para el personal del ramo diplomático y consular, para el personal del ramo de la salud pública, para el personal civil del Ministerio de Defensa, para el personal que presta sus servicios en los establecimientos públicos del ramo de defensa nacional, para el personal del ramo penitenciario, para el personal de agentes, detectives y dactiloscopistas del DAS, etc., que no es del caso citar porque son ampliamente conocidos, y que nos demuestra que hay un gran número de

servidores públicos de la Rama Ejecutiva, sin mencionar las disposiciones para personal de las Ramas Legislativa y Jurisdiccional que también las tienen, que no se regulan por el citado Decreto 2400 de 1968 y su Decreto reglamentario 1950 de 1973".

Considera la Sala:

Lo dicho en el número anterior sirve para desvirtuar esta argumentación del apelante. No se trata propiamente que las leyes tengan que derogar los acuerdos o decisiones de carácter general de las juntas directivas de los organismos descentralizados para que aquellos pierdan eficacia jurídica, puesto que se daría el más contradictorio sistema de prevalencia de actos de inferior rango normativo respecto a disposiciones legales y aún constitucionales. Y mucho menos, cuando ha quedado establecido que los Acuerdos a que alude la demanda y que se consideran como normas violadas por las Resoluciones en este proceso enjuiciadas, fueron expedidos sin facultad para ello.

Los actos administrativos están revestidos de una presunción de legalidad es cierto, que puede quebrantarse en sede jurisdiccional. Esos acuerdos de INRAVISION no están demandados en este proceso, y por ende no se trata de anularlos por ser contrarios a la jerarquía normativa superior. Simplemente se han invocado por el actor como normas superiores para lograr la nulidad de las Resoluciones 02371 y 02395 de mayo 13 y mayo 15 de 1981, proferidas por el Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión, por las cuales se declara insubsistentes a los señores Alfonso J. Medina y Samuel Morales T.

Precisamente para saber si los artículos de los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965, invocados como violados por los actos demandados, tienen aún estirpe normativa se hace valedero el examen de su eficacia como tal. Ya se ha visto que por prescripciones de la ley y de la Carta aquellos actos carecen materialmente de normatividad. Si las mismas leyes de la República en caso de incompatibilidad de la Constitución deben ceder ante esta (art. 215 de la C. N.) o si las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a doctrina legal más probable (art. 12 de la Ley 153 de 1887), no se entiende como unos actos reglas de una entidad descentralizada puedan pervivir porque ellos no merecieron la especial deferencia, que no ha sido establecida en ninguna parte, de tener que ser derogados de una manera particular y precisa por el legislador.

Invocados, pues, esos Acuerdos de INRAVISION como fundamento del derecho reclamado y habiéndose visto que ellos son contrarios a la normatividad superior, no puede en manera alguna esta Sala tomarlos como tal para invalidar unos actos administrativos que se consideran de jerarquía inferior, pero que en todo caso encontró el *a quo* con toda razón ajustados a derecho.

V. Se alega que los Acuerdos de INRAVISION no son normas de inferior categoría, sino de igual categoría, al artículo 26 del Decreto 2400, puesto que lo que hizo el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 fue precisamente elevarlos a la categoría de leyes, en normas de

imperativa o imperiosa observancia, "purgando su supuesta inconstitucionalidad si es que se quiere", lo que podía hacer como legislador delegado el Ejecutivo, ya que el delegante, o sea, el Congreso, también lo puede hacer sin que sea inconstitucional, como lo ha expresado la Corte en varias ocasiones, como en los casos de las Leyes 141 de 1960 y 48 de 1968.

Considera la Sala:

Se ha visto hasta la saciedad que los Acuerdos de INRAVISION fueron expedidos sin existir facultad sobre la materia que se pretende reglamentar. Por decisión del artículo 62 de la Carta aquella corresponde exclusivamente al legislador, como también se ha dicho. El artículo 39 del Decreto 3130, contra el mandato constitucional no podía en manera alguna legalizar unos acuerdos expedidos fuera de toda competencia. Por competencia en derecho administrativo se entiende la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos, y por tanto viene a determinar los límites dentro de los cuales puedan válidamente actuar aquellas y estos. La competencia, es entonces, la medida del poder de acción de cada entidad pública. No puede de consiguiente el Decreto-ley, ni tampoco la ley de facultades al Ejecutivo, desplazar una competencia asignada por el Constituyente al legislador a un simple órgano de gestión de una entidad descentralizada.

No es el mismo fenómeno de los Decretos del 121 de la Carta que fueron elevados a la categoría de leyes permanentes. Por virtud de la declaratoria de turbación del orden público, el Gobierno tiene además de las facultades legales las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra, y los Decretos que dentro de esos precisos límites dicte el Presidente tienen carácter obligatorio siempre que lleven la firma de todos los Ministros. Adquiere, entonces, el Presidente una capacidad jurídica para expedir decretos de carácter extraordinario que dejan de regir al momento de restablecerse el orden público. Los casos que el apelante consigna, se refieren a esos Decretos proferidos con toda competencia y a los cuales el Congreso de la República quiso prorrogarles su vigencia, por razones históricas muy conocidas.

En el caso *sub exámine* nunca la Junta Administradora de INRAVISION tuvo, ni antes ni después, la facultad para regular lo concerniente a las relaciones de empleo, en sus aspectos de despido o retiro, y mal podría el legislador despojarse de una capacidad en tal sentido para atribuírsela a un organismo descentralizado. Otra cosa son las facultades extraordinarias al Ejecutivo.

En el presente caso el artículo 39 del Decreto 3130 no está pretendiendo convalidar una ausencia de competencia de las empresas públicas y de los establecimientos públicos para regular el régimen de personal; ni tampoco la de hacer purgar un vicio de inconstitucionalidad que en eventual caso sólo podría hacerlo el Constituyente. Ese artículo pudo haber tenido su operancia en el supuesto de que la materia conexa referida en el artículo 38, y al cual se refiere en dos ocasiones aquél, hubiese sido encontrada como propia de aquellos institutos. Acontece que la Corte encontró que ello no era así y declaró la inconstitucionalidad del referido artículo 38. Ahora bien,

si el artículo 39 referido a los estatutos de personal de los establecimientos públicos y de las empresas estatales, que no pueden ser expedidos por estos, quedó por así decirse en el vacío, mal puede tener la virtualidad de reavivar lo que por mandato de la reforma constitucional del año de 1957, no podían efectuar tales organismos descentralizados, sino exclusivamente el legislador.

VI. Se afirma no haberse tenido en cuenta el principio de que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes sobre trabajo, prevalece la más favorable al trabajador (art. 16 del C. S. del T.), y que además encuentra en raigambre en la Constitución Nacional (arts. 17, 31 y 122). No se puede decir que el derecho a la estabilidad de un empleado público, es una cosa que no tenga que ver con el régimen del servicio de la República.

Considera la Sala:

El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo que se refiere al efecto general inmediato de las normas sobre trabajo, por ser éstas de orden público, consagra así mismo el criterio de cuando una ley nueva establezca una prestación ya espontáneamente o por convención o fallo arbitral por el patrón, se pagará la más favorable al trabajador. Es precisamente el artículo 21 de aquél estatuto legal el que señala el principio invocado por el actor: La prevalencia de la norma más favorable al trabajador.

Pero no se trata acá de un eventual conflicto de normas atributivas de derechos a empleados de una entidad oficial. Se trata, y ya se ha visto, que no es posible que un establecimiento público, pueda mediante un acto de voluntad de uno de sus órganos directivos, crear respecto de sus subalternos, un régimen especial de empleo, como en lo concerniente a su retiro o despido (art. 62 C. N.), y es obvio que si así lo hizo INRAVISION es natural entender que carece de eficacia para vincular al órgano público, puesto que para las personas públicas, también rige la teoría de la especialidad acerca de que sólo pueden realizar aquellos actos para los cuales se encuentren debidamente autorizadas. Frente al mandato constitucional, no puede pregonarse el de la ley; ni ante el primero ni ante la segunda un acuerdo de una entidad descentralizada, puede llegar a tener énfasis normativo por más que busque favorecer un supuesto derecho a la estabilidad laboral. Admitir lo contrario, equivaldría otorgarle a los entes de la administración descentralizada, no la simple autonomía administrativa dentro del marco de las leyes, sino una capacidad de auto suficiencia normativa, que inclusive haría inocuos los mecanismos del control de tutela.

Se ha visto del examen hecho en los puntos anteriores, como un establecimiento público como INRAVISION en su época, mal podía por prohibición de la Carta, y aún por ausencia de la ley, normar sobre materias reservadas al legislador. No se trata de un enfrentamiento normativo, sino de algo que quiso disponer INRAVISION sin posibilidad de prevalencia alguna, como es obvio, sobre textos de superior jerarquía.

VII. Se sostiene que cuando ya se había dictado la sentencia de 13 de diciembre de 1972 originaria de la Corte Suprema de Justicia

que declaró inconstitucional el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 "aclarando que las juntas o consejos directivos de los establecimientos púbicos, no tienen competencia constitucional y legal para dictar normas sobre personal a su servicio; y de otro lado, porque ya no podía desconocer lo previsto en los Acuerdos anteriores, como el que concede la estabilidad a los empleados de INRAVISION, porque ya se encontraba de por medio el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, que les dio fuerza de ley al establecer que seguirán vigentes esos actos mientras no se proveyera sobre el particular".

Se agrega, además, que hay un argumento fundamental para demostrar la vigencia de los Acuerdos de INRAVISION, por cuanto normas legales posteriores hacen referencia a aquéllos. Es así, como se pone de presente como los artículos 14 del Decreto 1169 de 1978 y 4º del Decreto 426 de 1979, dictados con fundamento en facultades conferidas al ejecutivo por las Leyes 5ª y 53 de 1978 hablan de que "para la aplicación del presente artículo regirán las jornadas establecidas en el Acuerdo número 20 de 1964 de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión". Se alega que estos Decretos demuestran la vigencia de ese Acuerdo y refuerzan los planteamientos de que el Decreto 2400 de 1968, anterior a ellos, no derogo los Acuerdos. Así mismo se arguye que el artículo 31 del Decreto 1169 de 1978 al disponer que los empleados de INRAVISION gozarán de los mismos derechos, garantías y prestaciones sociales vigentes hasta la fecha, reconoce la vigencia del Acuerdo 20 (Estatuto de Personal de INRAVISION) complementado por el 43 del año 65. Que en tal orden de ideas no se puede venir ahora por el juez administrativo con el argumento de que dichas normas fueron tácita o expresamente derogadas por el Decreto 2400 de 1968.

Considera la Sala:

Ya se sentó el criterio de que unos Acuerdos de Junta Directiva de un establecimiento público no pueden entrar a regular materias reservadas exclusivamente al legislador, y mucho menos si aquel no encuentra una autorización de la ley para tal efecto.

Es cierto que los Decretos 1169 de 1978 y 426 de 1979, proferidos en uso de facultades extraordinarias, aluden a la existencia del famoso Acuerdo 20 de 1964 de INRAVISION. Más particularmente el artículo 31 del Decreto 1169 alude que los empleados de aquel Instituto gozarán de los mismos derechos, garantías y prestaciones sociales vigentes.

Sea lo primero indicar que la ley de facultades (5ª de 1978) no le confiere al ejecutivo facultad alguna para aprobar o darle validez jerárquica al Acuerdo 20 de INRAVISION. Ella se está refiriendo a la fijación de las escalas de remuneración a las categorías de empleos de distintas entidades públicas, y por otro lado el que por una parte el artículo 14 del Decreto ley 1169, haga referencia a unas jornadas de trabajo establecidas en el Acuerdo 20, y por otra que su artículo 31 disponga que los empleados de INRAVISION gozarán de los mismos derechos y garantías "vigentes hasta la fecha", no quiere decir que unas garantías indebidamente otorgadas en materia de retiro, que como se ha visto tienen que ser de origen legal, queden por así decirlo legalizadas o confirmadas o ratificadas. Los derechos y garantías vigentes

a que alude aquel artículo 31 tienen que ser los debidamente previstos con anterioridad en una ley o decreto ley, y no en un simple Acuerdo, que no puede proveer sobre materias propias de la ley.

Lo mismo puede decirse con la Ley de facultades número 53 de 1978. El Decreto ley correspondiente (426 de 1979), en su artículo 4º, hace referencia a las jornadas de trabajo señaladas en el ya referido Acuerdo 20, pero no está legalizando ni elevando a la categoría de norma positiva lo que se haya podido proveer sobre una materia no reservada a los establecimientos públicos, como la concerniente al régimen de retiro o despido de los empleados.

En el spuesto, de aceptarse por la simple vía de la hipótesis que aquellos Decretos Leyes por la simple referencia hecha a unas jornadas de trabajo indicadas en el Acuerdo 20, esta haya quedado *"in totum"* convertido en norma positiva; no acontece lo mismo con el Acuerdo número 43 de 1965, que es precisamente el que contiene en su artículo 2º, la prescripción de que ningún trabajador podrá ser despedido sin que previamente se le oiga en la Comisión de Personal y de que no podrá terminarse la relación de trabajo sino por las causales establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo. Si la garantía de estabilidad no está prevista en el Acuerdo 20, supuesta e hipotéticamente erigido en ley, como lo pretende el actor, sino en el Acuerdo 43 que no ha recibido semejante bendición, mal puede decirse que tal garantía contenida aquí, sobreviva por la subsistencia de otro acuerdo diferente.

Todas las razones anteriores llevan a la Sala a denegar las peticiones de la demanda.

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:

Confírmase la sentencia apelada.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

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

Miguel A. Perilla P., Secretario.

INDERENA. PERMISOS DE EXPLOTACION DE MATERIAL DE ARRASTRE DE RIOS.

A) NO APLICABILIDAD DEL ARTICULO 63 DEL ESTATUTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y DE PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE AL ACTO IMPUGNADO. Es revocable dicho permiso;

B) REVOCABILIDAD DEL PERMISO DENTRO DE LAS CAUSALES DE CADUCIDAD DEL ARTICULO 62 DEL DECRETO 2811 DE 1974 O ESTATUTO DE LOS RECURSOS RENOVABLES;

C) LA OPERANCIA DE LA CADUCIDAD DE LOS PERMISOS NO ESTA SUPEDITADA A QUE SE OIGA PRECISAMENTE EN DESCARGOS AL TITULAR DEL PERMISO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5178. Actor: Misael Martínez Cabrera.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1º de octubre de 1986, expedida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Mediante ese proveído el *a quo* dispuso:

"*Primero.* Declarar no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por la parte demandada.

"*Segundo.* Decrétase la nulidad de las Resoluciones números 016 del 31 de enero de 1984 y 074 del 2 de abril de 1984 que confirmó la anterior, proferidas por el Coordinador Regional PROCAM Inderena Tolima, mediante las cuales se revocó el permiso común de explotación de material de arrastre sobre la margen derecha del río Combeima, frente al barrio Baltazar de esta ciudad, que había conferido la Resolución número 1123 del 24 de noviembre de 1982.

"*Tercero.* Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

"*Cuarto.* No es el caso de hacer condenación en costas (numeral 5º, art. 392 del C. de P. C.)".

En el libelo inicial se narraron como hechos:

1. Que el señor Misael Martínez C., obtuvo permiso para la explotación de material de arrastre en el río Combeima, mediante Resolución número 1123 de noviembre 24 de 1982.

2. Que con posterioridad a esas fechas, los días 13 de septiembre de 1983 y 23 de enero de 1984, el Inderena practicó visitas clandestinas al lugar de explotación y sitio denominado Cerro Gordo y estimó que el permiso debía ser cancelado.

3. Que al señor Martínez en ninguna oportunidad se le elevó pliego de cargos por el mal uso, desuso o abuso en la explotación ni se le invitó a que corrigiera los errores.

4. Que el Inderena expidió las Resoluciones 016 de 31 de enero y 074 de 2 de abril, ambas de 1984, por medio de las cuales revocó el permiso de explotación.

En el capítulo "normas violadas y su concepto de violación", el actor hace su argumentación en torno a la infracción de los siguientes artículos: 16, 17, 26 y 30 de la Constitución, 82, 84 y 85 del Decreto 01 de 1984; 62, 63 y 127 del Decreto 2811 de 1974; 248 y 247 del Decreto 1541 de 1978.

Anota el demandante, en lo pertinente:

"Hasta aquí, honorables Magistrados, encontramos que las normas invocadas han sido violadas por pretermisión en sus principios y porque a mi mandante se le ha revocado el permiso concedido en la Resolución número 1123 de 24 de noviembre de 1982, fundamentándose el funcionario en el artículo 93 del Decreto 1541 de 1978 que a la letra dice: '...Los permisos sobre ocupación y explotaciones de cauces y lechos podrán revocarse por las mismas causales establecidas en el artículo 62 del Decreto-ley 2811 de 1974 y en Título XI, Capítulo II, de este reglamento' pero olvidando y dejando de aplicar lo ordenado en el artículo 63 del Decreto 2811 de 1974, transcrito en otro aparte de este escrito, y aplicando o erradamente el artículo 127 del Decreto 2811 de 1974, porque si bien es cierto, que esta norma faculta a la entidad demandada para mandar a destruir las obras que se hayan construido, se requiere que dichas obras amenacen daño inminente no previsible en épocas de avenidas o crecientes, situación que para el caso que nos ocupa, ni siquiera fue objeto de discusión pues no existe en el expediente constancia que así lo acredite.

"Pertenecen al Decreto 1541 de 1978 que reglamentó la parte III del Libro II del Decreto-ley 2811 de 1974, de las aguas no marítimas, y parcialmente la Ley 23 de 1973, las siguientes disposiciones:

"Artículo 248: '...Serán causales de caducidad de las concesiones las señaladas en el artículo 62 del Decreto-ley número 2811 de 1974. Para efectos de la aplicación del literal d) se entenderá que hay incumplimiento reiterado: a) Cuando se haya requerido al concesionario en dos oportunidades para la presentación de los planos. Se entenderá por incumplimiento grave: a) La no ejecución de las obras para el aprovechamiento de la concesión con arreglo a los planos aprobados, dentro del término que se fija;

b) El incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la preservación de la calidad de las aguas y de los recursos relacionados'.

"Como puede observarse en las fotocopias suministradas del expediente del señor Misael Martínez Cabrera, y que anexo a esta demanda, claramente aparece la omisión en la aplicación de este artículo 248, antes transcrito, no obstante que sirve como fundamento y consideración de la Resolución número 016 de 31 de enero de 1984, que solicito se declare nula junto con la Resolución número 074 de 2 de abril de 1984 que confirma la anterior, con un agravante, es el afirmar que mi poderdante incumplió grave y reiteradamente las normas sobre preservación de los recursos sin haberse cumplido ninguno de los requisitos legales que exige la mencionada norma para calificarla de una u otra forma y las que establece con igual claridad el mencionado artículo.

"Artículo 247: '...A falta de procedimientos especiales para la aplicación de las sanciones a que se refiere este título, se seguirá el procedimiento establecido en el Título III del Código Nacional de Policía'.

"La violación del artículo 247 antes transcrito, honorables Magistrados, por parte del funcionario administrativo que produjo las Resoluciones número 016 de 31 de enero y 074 de 2 de abril de 1984, es flagrante y visible de una manera clara, porque no se explicó y porque para tomarse la determinación que demando se revoque, no existe un procedimiento especial, luego, debió de darse aplicación de ese artículo y luego de agotado el trámite o procedimiento correspondiente, si era el caso, decidir ya que por tratarse de una norma procedimental su aplicación es de forzoso y obligatorio cumplimiento si tenemos en cuenta que las normas procedimentales son de orden público y como tal no son de libre aplicación, sino que por el contrario, el legislador las ha establecido para garantizar los derechos individuales, cuyo objetivo es lograr y mantener la efectividad de los derechos sustantivos.

"Todo concluye, convincentemente, honorables Magistrados, en que con el acto por medio del cual se revocó la Resolución número 1123 de 24 de noviembre de 1982, así como el que confirmó dicha revocatoria, no podía expedirse válidamente por razón de las circunstancias que los determinaron; pero como de hecho se expidieron y actualmente surten los efectos pertinentes contra el orden jurídico y las garantías individuales del actor, deben ser anulados con las consecuencias correspondientes".

Para tomar la decisión el *a quo* partió de la base que los actos impugnados "desconocieron la situación jurídica individual y concreta que se configuró mediante la Resolución número 1123 de 24 de noviembre de 1982" (la que concedió el permiso) "por no observarse la plenitud de las formas propias de cada juicio —el debido proceso— para garantizar el derecho de defensa". En ese orden de ideas estimó el Tribunal que la infracción se produjo por no haberle dado cumplimiento el Inderena al mandato contenido en el artículo 63 del Decreto

2811 de 1974, o sea por no haber oído en descargos, en forma previa, al titular del permiso.

A pesar de que la decisión del Tribunal fue favorable al actor en cuanto a la nulidad de los actos impugnados, denegó el reconocimiento de los perjuicios, por falta de pruebas en su demostración.

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 la señora Fiscal 2ª de la Corporación, la sentencia recurrida deberá revocarse, para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

Así en su vista de octubre 21 del presente año (a fls. 26 y ss. del cuaderno número 1 *bis*.) estima:

"La Resolución 016 de enero 31 de 1984, dando aplicación a lo establecido en el Decreto reglamentario 1541 de 1978 aplicó al permiso las causales de caducidad establecidas para las concesiones. Causales estas que están consagradas en el artículo 62 del Decreto 2811 de 1974.

"Pretende el actor, y así lo admite el Tribunal, que también se aplique el artículo 63 del mismo Decreto 2811 cuando se trata de revocación de los permisos.

"El mencionado artículo 63 establece lo siguiente: 'La declaración de caducidad no se hará sin que previamente se dé al interesado la oportunidad de ser oído en descargos'.

"A juicio de este Despacho, el artículo 63 no es aplicable en este caso. Basta observar que su contenido se justifica plenamente en la concesión, por tratarse de un contrato bilateral en donde la ley ha otorgado al contratista interesado la oportunidad de ser oído en descargos antes de declararle la caducidad del contrato.

"Lo anterior no se puede asimilar al caso de los permisos, en donde solamente existe una autorización unilateral de la Administración para que una persona utilice unos recursos del Estado.

"En el permiso no existe un convenio; como su nombre lo indica, en el permiso el Estado le permite a una persona hacer algo, siempre y cuando se someta a cumplir unas exigencias. Puede entonces la Administración velar y exigir para que el beneficiario del permiso cumpla con sus obligaciones, pudiendo realizar ese control en la forma en que mejor le convenga.

"En el presente caso, desde la iniciación misma en que se concedió el permiso de explotación surgieron quejas y reclamos de los vecinos, que obligaron al Inderena, al Alcalde y hasta al Gobernador a investigar sobre el problema. El cuaderno número 2 del expediente contiene toda la actuación administrativa que así lo prueba. El actor, señor Martínez Cabrera hizo una mala utilización del permiso concedido por el Inderena, perjudicando con su proceder a los moradores de un barrio vecino. El actor levantó obras no autorizadas, desvió el cauce del río, no realizó las obli-

gaciones que por acto administrativo se le impusieron (Resolución 009 de 1981 visible al folio 202, cuaderno número 2), en fin se mostró renuente a cumplir con sus obligaciones y con las exigencias que le hizo el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables.

"Tratándose pues de una autorización dada por la Administración mediante acto administrativo, podía previa constatación de su parte y apreciando las pruebas recolectadas en la investigación administrativa, proceder a revocar su propio acto.

"Producido el acto administrativo, al interesado le quedaba a su favor la posibilidad de interponer los recursos pertinentes y finalmente demandar ante lo contencioso administrativo, como en efecto lo hizo.

"Tampoco es de recibo, como se pretende en la demanda, asimilar la revocación del permiso a una sanción, para exigir la aplicación del procedimiento señalado en el Código de Policía Nacional. La revocación en este caso no es más que una medida administrativa permitida por la ley y otorgada a la Administración para hacer cumplir alguna de sus decisiones.

"La noción de sanción, se refiere más a la noción de procesos penales por delitos o contravenciones, o al régimen disciplinario; en todo caso el concepto resulta extraño a una medida simplemente administrativa".

Tanto la parte demandante como la parte demandada presentaron sus alegatos de instancia. Aquella, en su escrito que obra a folios 8 y siguientes insiste en que el Tribunal quedó corto, ya que no podía limitarse a declarar la nulidad sin ordenar las consecuencias indemnizatorias que se derivaban de la misma. Y que debió, para estar de acuerdo con lo pedido, hacer la condena en abstracto para su concreción incidental posterior.

Por su lado, el señor apoderado del Inderena ataca la sentencia de primera instancia, por cuanto afirma que el señor Martínez C. violó con su actuación las normas protectoras de los recursos naturales y le dio un uso indebido al permiso concedido. Alega que sí se le dio oportunidad de presentar descargos y como prueba están los diferentes oficios que con ese fin se le enviaron desde el 31 de octubre de 1980 en adelante, y que no fueron respondidos por el mencionado señor.

Tal como fue planteada la controversia, esta motivación deberá tocar los siguientes puntos: El acto impugnado y el debido proceso; la motivación y la carga de la prueba; la decisión del *a quo* y la sentencia de segunda instancia.

Está bien acreditado dentro del proceso que al señor Misael Martínez C., se le concedió permiso común de explotación de materiales de arrastre sobre la margen derecha del río Combeima, en una extensión de doscientos metros frente al barrio Baltazar de Ibagué y sobre el brazuelo formado por el mismo río, con el propósito de encauzar parte de la corriente por el mencionado brazuelo.

Este permiso le fue otorgado mediante la Resolución número 1123 de 24 de noviembre de 1982; en dicho acto se le indicaron las condiciones de explotación y el término de la misma.

El acto de permiso impugnado fue dictado con sujeción a los mandatos del Decreto 2811 de 1974, o estatuto de los recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente. Dicho permiso, tal como lo dan a entender los artículos 54 y siguientes del mencionado ordenamiento y las normas reglamentarias que los complementan, en especial las del Decreto 1541 de 1978, es esencialmente temporal y sujeto al cumplimiento de las condiciones que para la protección del medio ambiente y de esos recursos naturales haya impuesto el Inderena como obligaciones a cargo de su titular.

Dado el interés general que está en juego, con su prevalencia obvia sobre el interés del particular, se entiende la revocabilidad del permiso cuando éste no se explote dentro de los términos señalados en el acto que lo concedió.

Es por eso que el Decreto reglamentario 1541 precisa claramente cuáles son las obligaciones que deben acatar los permisionarios y cuáles las consecuencias del no cumplimiento de las mismas. Estas se señalan expresamente en su artículo 91 y en el siguiente se determina la sanción por ese incumplimiento, que no es otra que la revocatoria dentro de las causales de caducidad indicadas en el artículo 62 del Decreto 2811 de 1974; causales que se aplican tanto a los permisos como a las concesiones.

Pero mientras la operancia de la caducidad de las concesiones, que para casos expresamente previstos por la ley otorgue la administración (art. 59), está supeditada a que se oiga previamente en descargos al titular de la concesión (art. 63), frente a los permisos no sucede igual.

El mandato del artículo 63 ("la declaración de caducidad no se hará sin que previamente se dé al interesado la oportunidad de ser oído en descargos") que está comprendida en el Capítulo IV bajo el título "Concesiones" no aparece en el capítulo correspondiente (III Permisos) ni siquiera como referencia a estos en el Decreto reglamentario 1541.

En otras palabras, en este Decreto, si bien es cierto se dispone que los permisos "podrán revocarse por las mismas causales establecidas en el artículo 62 del Decreto 2811 de 1974" (art. 93) para las concesiones, no se afirma que la revocación de aquellos deba sujetarse al mismo procedimiento previsto para estas.

Tiene su lógica esta diferencia de trato porque en la concesión se celebra normalmente un contrato administrativo con el concesionario, el que queda sometido a una serie de obligaciones especiales que no proceden en el caso de los simples permisos y al otorgamiento de garantías para asegurar el cumplimiento del concesionario en los permisos la nota de transitoriedad está implícita, mientras que la duración de la concesión está vinculada con una determinada actividad económica y con la necesidad de que el concesionario disponga del recurso natural por un tiempo suficiente para que la respectiva explotación resulte económicamente rentable y socialmente benéfica. Tal, por

ejemplo, el uso de las aguas para fines industriales o agrícolas que no podrá hacerse sino mediante la concesión; uso en el que no es dable su transitoriedad, porque la precariedad de la concesión del recurso utilizado no permitiría a los administrados intentar sobre obras de aliento necesarias para el desarrollo de la economía nacional.

Fuera de que el Decreto 2811 no hace aplicable su artículo 63 a los procedimientos de revocación de los permisos, el reglamentario 1541 ni siquiera lo intenta y si lo hubiera hecho habría excedido en esto la potestad reglamentaria y viciado la norma de inconstitucionalidad.

Quiere significar lo precedente que la administración no tenía porqué oír previamente en descargos al señor Martínez para revocarle el permiso otorgado. Fuera de que en el *sub júdice*, en oportunidades anteriores a la expedición del acto de revocatoria, le había llamado seriamente la atención por la forma como venía cumpliendo la explo tación del permiso, por fuera de los mandatos legales y con serios perjuicios para los habitantes de un barrio de la ciudad de Ibagué.

El acto y su motivación.

Aunque si bien es cierto la administración, no tenía porqué oír previamente al permisionario, sí estaba obligada a tomar la medida no sólo dentro de las causales de revocatoria indicadas en el artículo 62 del Decreto 2811, sino mediante resolución debidamente motivada.

La obligación de motivar en estos casos surge de la ley (art. 5º Ley 58 de 1982, en armonía con el artículo 35 del Decreto 01 de 1984) y de la índole del acto, por afectar la órbita de los derechos del titular del permiso.

Cuando el acto es motivado, incúmbele a la persona interesada (el afectado con el mismo o sus causahabientes) demostrar que los motivos expuestos por la administración no se ajustan a la realidad o carecen de relevancia suficiente para mantener la medida. En otros términos, la carga de la prueba estará a cargo del demandante.

En el caso *sub júdice*, esa motivación aparece en el punto 4 de la Resolución 016 cuestionada, en los siguientes términos:

"4.1. No hay explotación de material de arrastre sobre el cauce del río Combeima, en la longitud concedida.

"4.2. Frente a la casa de habitación se han construido:

"4.2.1. 3 piscinas que fueron usadas para lavado de arena.

"4.2.2. Actualmente una, es poceta de piscicultura; las otras restantes sirven de balnerario.

"4.2.3. Recientemente se construyeron otros dos recipientes (120 M3) para almacenar arena.

"4.2.4. Existe una batea con su respectiva malla, para clasificar la arena.

"Nota: Estas piscinas o recipientes no tienen permiso del INDERENA - Sanidad, ni han presentado solicitud.

"4.3. El brazuelo, margen derecha, desapareció y las aguas fueron desviadas hacia el brazo izquierdo atentando contra el barrio Baltazar.

"4.4. Para transportar arena proveniente del Cerro, se hace uso del agua del río Combeima a través de un canal, sin haber ninguna concesión por parte del INDERENA.

"4.5. Según lo establecido en la Resolución número 1123 de 24 de noviembre de 1982 no se ha cumplido en nada, ni siquiera con lo más mínimo.

"4.6. Según el Acuerdo 0039 de noviembre 10 de 1982 se debió cancelar $ 5.00 por metro cuadrado de explotación; lo cual no se hizo".

Esos motivos se mantuvieron, con argumentos adicionales en la Resolución 074 confirmatoria de la anterior. Ante los motivos expuestos por la administración, qué hizo la demandante?

Nada o casi nada, ya que no cumplió con la carga probatoria que le correspondía; limitándose a hacer alegaciones sin respaldo probatorio alguno. Si bien solicitó pruebas con la demanda tendientes a desvirtuar las razones expuestas por el INDERENA, como puede verse a folios 73 del cuaderno número 1, ellas fueron denegadas por el Tribunal en auto de junio 28 de 1985 (a fl. 131 del mismo cuaderno); conformándose con esta decisión, ya que no interpuso recurso alguno contra la misma que cerraba la oportunidad de sacar avante sus pretensiones, mediante la demostración de los hechos positivos que desvirtuaran los hechos alegados.

Esta actitud no tiene justificación alguna, pues bien pudo suplicar la decisión, con las precisiones requeridas. En otros términos, tocábale al actor darle al juez la certeza sobre la existencia de los hechos alegados; como no lo logró, la sentencia tendrá que ser denegatoria de los derechos pretendidos.

Todo lo anterior no es más que la aplicación del principio de la carga de la prueba; principio bien sintetizado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil aplicable al proceso administrativo sin discusión alguna (art. 267 del C. C. A.).

En suma: No desvirtuó la parte actora las motivaciones expuestas por la administración en el acto impugnado. Y no sólo eso. El mismo expediente no hace sino reforzar lo afirmado en dicho acto, que recoge el clamor ciudadano por los serios atentados contra la estabilidad del barrio Baltazar de Ibagué y contra la ecología de la región propiciados por la explotación ilegal de un permiso concedido al señor Martínez C.; el que además, y así lo da a entender el expediente, le servía de mámpara para la explotación de la cantera de Cerro Gordo, también carente de concesión.

La decisión del Tribunal.

Esta, como se infiere de lo anotado, no podrá mantenerse, ya que todo da a entender que el *a quo* se salió por la línea de menor resistencia, al ver una presunta violación del debido proceso en una

actuación que se cumplió con todas las de la ley. Si hubiera profundizado un poco más habría encontrado la realidad que muestran los autos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de acuerdo con la fiscalía, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia de 1º de octubre de 1986, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima. En su lugar, deniéganse todas las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 10 de diciembre de 1987.

Julio César Uribe Acosta, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jorge Valencia Arango*, Con salvamento de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

INDERENA. PERMISOS DE EXPLOTACION DE MATERIAL DE ARRASTRE DE RIOS.

Si de conformidad con el Decreto reglamentario 1541 de 1978 debían aplicarse al permiso las causales de caducidad del artículo 82 del Decreto 2811 de 1974, era de obligatorio cumplimiento el artículo 63 de este último y por tanto previo a la declaratoria de caducidad, el interesado ha debido tener la oportunidad de ser oído en descargos.

Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Valencia Arango.

Referencia: Expediente número 5178. Actor: Misael Martínez Cabrera.

Me aparto de la sentencia anterior por considerar que la decisión del *a quo* ha debido confirmarse.

En efecto. Si conforme al Decreto Reglamentario 1541 de 1978 debía aplicarse al permiso, las causales de caducidad del artículo 62 del Decreto 2811 de 1974, resultaba obligatoria la aplicación del artículo 63, *ibídem*, que manda: *"La declaración de caducidad no se hará sin que previamente se dé al interesado la oportunidad de ser oído en descargos"*, pues lo contrario significa violar el principio de la *"inescindibilidad legal"*, al fraccionar una institución con gran agravio para el administrado.

Y es que si el acto administrativo crea una situación jurídica individual y concreta, ella no puede ser modificada o revocada sin la audiencia del titular del derecho respectivo, so pena de violar el derecho de defensa y el debido proceso gubernativo, igualmente protegido por el artículo 26 de la Constitución Política.

Bogotá, D. E., diciembre 14 de 1987.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CAPITULO VI

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

COOPERATIVA ACREEDORA. DEDUCCIONES O RETENCIONES QUE TODA PERSONA, EMPRESA O ENTIDAD OFICIAL O PRIVADA ESTARA OBLIGADA SOBRE "CUALQUIER CANTIDAD" QUE HAYA DE PAGAR A SUS TRABAJADORES, POR SUMAS QUE ESTOS ADEUDEN A LAS COOPERATIVAS. Artículo 85 del Decreto-ley 1598 de 1963 (Suspensión provisional).

Suspéndese provisionalmente y en forma parcial las circulares 19175 CEDEI-SD-029; 30562 CEDEI-SD-029 y 25383 CEDEI-SD-029, de fechas 7 de marzo y 24 de agosto de 1984 y 10 de septiembre de 1985, respectivamente, proferidas por el Comando del Ejército, pero solamente en cuanto establece el límite del 50% con destino a las cooperativas para descuentos de los sueldos del personal adscrito a las Fuerzas Militares.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dos de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 366. Actor: Nelson Parra Leyva.

Cumplida la exigencia que sobre la copia de los actos acusados señala el artículo 137, inciso 4º del Código Contencioso Administrativo, ordenada en los autos del 23 de septiembre y 1º de abril, del pasado y corriente año, respectivamente, se resuelve la admisión de la demanda que en ejercicio de la acción pública de nulidad, establecida en el artículo 84 *ibídem*, presentó en su propio nombre el actor de la referencia con el fin de que se declare, por esta Corporación, la nulidad de las circulares 19175 CEDEI-SD-029; 30562 CEDEI-SD-029 y 25383 CEDEI-SD-029, de fechas 7 de marzo y 24 de agosto de 1984 y 10 de septiembre de 1985, respectivamente, expedidas por el Comandante del Ejército.

Se decide igualmente acerca de la solicitud de la suspensión provisional de los actos acusados.

I. Viabilidad de la demanda:

En atención a que la demanda reúne los requisitos y formalidades legales, y que para su conocimiento es competente esta Corporación en aplicación del artículo 128, numeral 1 del Código Contencioso Administrativo, será admitida.

II. De la suspensión provisional:

En cuanto a la suspensión provisional se tiene lo siguiente. La Circular número 19175 de 7 de marzo de 1984 complementada con las otras dos demandadas número 30562 de 24 de agosto de 1984 y 25383 de 10 de septiembre de 1985 contiene taxativamente estas instrucciones generales sobre descuentos a la nómina de unidades del ejército:

"El Comando del Ejército en atención al alto índice de endeudamiento que se registra y que sobrepasa la capacidad económica del personal de la Fuerza, reflejándose en continuos reclamos y embargos judiciales que de hecho menoscaban tanto el prestigio de la institución como la moral del afectado, imparte las siguientes instrucciones que tienen *carácter de orden permanente:* 1. Los Comandantes de las Unidades son responsables porque la acumulación de créditos otorgados por libranzas, no sobrepasa el 50% del sueldo líquido del deudor. 2. Para garantizar el cumplimiento de la norma anterior, los Contadores verificarán la nómina del mes, antes de firmar la libranza que acredita la obligación del empleado. 3. No se podrá autorizar los descuentos a favor de dos o más cooperativas y/o dos o más bancos. De igual manera queda prohibido solicitar descuentos por nómina con destino a rifas, regalos y fiestas no oficiales. 4. No se causará el trámite correspondiente a las libranzas que no se ajusten a los requisitos nombrados. 5. Se debe establecer vigilancia sobre los créditos personales no sometidos a libranza para que en ningún caso exceda el porcentaje fijado anteriormente. 6. Las libranzas podrán ser tramitadas al Comando del Ejército, por los bancos y/o cooperativas interesadas. 7. Debe darse instrucciones al personal, para evitar que sean explotados por vendedores inescrupulosos que por todos los medios los inducen a adquirir elementos de baja calidad a precios que sobrepasan el valor real del artículo. 8. Este Comando únicamente autoriza el descuento mensual colectivo por nómina, para actos conmemorativos del Día de las Armas y Cuerpo Logístico para Oficiales y Suboficiales, el cual no podrá exceder del equivalente al 5% del sueldo básico de un Subteniente y un Cabo Segundo respectivamente. 9. El Comando del Ejército no pretende interferir el proceso comercial ni controlar el uso que cada uno de los miembros de la Fuerza dé a su sueldo; pero sí está en la obligación de velar por el bienestar de sus subordinados y familiares que de él dependan, lo mismo que por el prestigio y buen nombre de la institución que contínuamente se ve menguado por el incumplimiento de los compromisos adquiridos por el elevado número de sus integrantes... El contenido de la presente Circular deberá ser leído y comentado en reunión de Oficiales, Suboficiales y Civiles".

La última de las circulares citadas, en su parte pertinente dice así:

"4. Una persona sólo puede tener, por nómina *hasta dos descuentos* tramitados por el sistema de libranza. Se exceptúan los descuentos a favor de entidades adscritas al Ministerio de Defensa.

"5. En todo caso, la suma total de los descuentos de una persona no puede superar el 50% de sus haberes. Se debe ejercer

vigilancia sobre los créditos personales, no sometidos a libranza, para que en ningún momento excedan *este porcentaje*.

"6. Las libranzas deben tener la firma, postfirma y el sello del Contador y del Comandante *titulares* de la Unidad de la cual son orgánicos el deudor y el codeudor.

"7. No se aceptan borrones o enmendaduras en los documentos. Así mismo se exige completa legibilidad en las postfirmas y en los sellos y las firmas deben ser en original".

Consideraciones de la Sala:

El actor considera que los actos acusados violan flagrantemente el artículo 85 del Decreto-ley 1598 de 1963, citando también los artículos 16 y siguientes de la Constitución Nacional, así como el 44 de la misma obra.

El artículo 85 expresa:

"Toda persona, empresa o entidad oficial o privada estará obligada a deducir y retener de *cualquier cantidad* que haya de pagar a sus trabajadores, las sumas que estos adeuden a las cooperativas, siempre que tales trabajadores sean socios de la cooperativa acreedora y que la deuda y su causa consten en libranzas, pagarés, o cualquier otro documento debidamente firmado por el socio.

"Las sumas retenidas deberán ser entregadas a la cooperativa acreedora por los Tesoreros habilitados o Pagadores de tales entidades o empresas, dentro de los diez (10), días siguientes a la fecha en que se realice la deducción, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el literal b) del artículo 100 de este Decreto".

Se trata, pues, de saber si confrontado esa norma en especial con las circulares objeto de la demanda surge clara y nítidamente una violación de normas superiores que siendo vigentes dan lugar a la suspensión provisional en los términos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

No se necesita de mayor discernimiento para ver que las circulares 19175 CEDEI-SD-029; 30562 CEDEI-SD-029 y 25383 CEDEI-SD-029, de marzo 7 y 24 de agosto de 1984 y 10 de septiembre de 1985, expedidas por el Comandante del Ejército desconocieron dicho precepto con la simple comparación en cuanto en aquellas se ordena limitar al 50% los descuentos permisibles por concepto de libranzas de cooperativas y la norma establece la obligación de retener "cualquier cantidad" sin limitación alguna.

Se comprende el interés de los mandos superiores para evitar los abusos que puedan cometerse con el personal militar a su cargo, especialmente de grados inferiores, pero entre la norma existente general y obligatoria y la conveniencia general, debe prevalecer aquella.

De otra parte, vale la pena anotar que respecto a los empleados públicos y trabajadores oficiales rige sobre el particular el artículo 12 del Decreto 3135 de 1968 expedido por el Ejecutivo en uso de las

facultades conferidas por la Ley 65 de 1967, que excluye de las deducciones ordenadas a los sueldos de empleados y trabajadores, cuando afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario conforme a la misma norma. Pero si esta disposición, no rige para el personal civil de la institución armada (Decreto 3193 de 1968 aclaratorio del 3135), con mayor razón queda fuera del alcance del personal militar al cual se contraen principalmente las circulares cuya nulidad se demanda, siendo que el régimen prestacional de estos últimos obedece a su propio estatuto.

Tocante a los otros puntos de las circulares no se ve muy claramente la violación siendo que corresponde a ordenamientos de trámite interno de las Fuerzas Militares. Lo mismo se puede decir respecto a la prohibición de hacer más de dos descuentos por concepto de libranzas, lo cual parece coincidir, más bien con el artículo 56 del Decreto-ley 1598 de 1963.

Por manera que correspondería acceder a la petición de suspensión provisional dentro de estos lineamientos.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

1º Admítese en lo pertinente, la demanda de nulidad formulada contra los actos acusados, proferidos por el Comandante del Ejército.

En consecuencia se dispone:

a) Notifíquese personalmente este auto al señor Fiscal Primero de la Corporación;

b) Notifíquese igualmente en forma personal al señor Ministro de Defensa, como representante de la parte demandada en este proceso;

c) Fíjese en lista por el término de diez días para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

d) Solicítense por Secretaría, al Comando del Ejército, los antecedentes administrativos de las circulares demandadas.

2º Decrétase parcialmente la suspensión provisional de las circulares 19175 CEDEI-SD-029; 30562 CEDEI-SD-029 y 25383 CEDEI-SD-029, de fechas 7 de marzo y 24 de agosto de 1984 y 10 de septiembre de 1985, respectivamente, proferidas por el Comando del Ejército, pero solamente en cuanto establece el límite del 50% con destino a las cooperativas para descuentos de los sueldos del personal adscrito a las Fuerzas Militares.

Notifíquese.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACUERDO DE CARTAGENA. IMPORTACIONES ORIGINARIAS Y PROCEDENTES DE PAISES MIEMBROS DE ESTE. EXENCIONES LEGALES.

Ley 75 de 1986, artículo 95. Artículo 54 del Acuerdo de Cartagena (Suspensión provisional).

IMPUESTOS (SUSPENSION PROVISIONAL).
Política comercial. GRAVAMENES DE LAS IMPORTACIONES ORIGINARIAS Y PROCEDENTES DEL ACUERDO DE CARTAGENA.

PROHIBICION LEGAL DE MODIFICACION DE NIVELES DE GRAVAMENES POR LOS PAISES MIEMBROS AL IGUAL QUE DE INTRODUCIR NUEVAS RESTRICCIONES.

IMPUESTOS VIGENTES AL ENTRAR A REGIR EL ACUERDO DE CARTAGENA.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE los efectos del numeral 7º de la Circular 984 de 30 de diciembre de 1986, de la Dirección General de Aduanas, en la parte que dice: "No están exentas las importaciones originarias y procedentes de países miembros del Acuerdo de Cartagena, que estén en la lista de reserva para programas sectoriales de desarrollo industrial o en la lista de excepciones".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 1693. Autoridades Nacionales (Suspensión provisional). Actor: Federación Colombiana de Industrias Metalúrgicas "FEDEMETAL". Acción de nulidad y suspensión provisional del parágrafo final del Capítulo "EXENTAS" de la circular número 984 de diciembre 30 de 1986 de la Dirección General de Aduanas. Auto.

La Federación Colombiana de Industrias Metalúrgicas —"FEDEMETAL"—, por medio de apoderado instauró demanda para que se

anule el párrafo final del Capítulo titulado "EXENTAS" de la circular 984 de 30 de diciembre de 1986, expedida por la Dirección General de Aduanas, que dice:

"No están exentas las importaciones originarias y procedentes de países miembros del Acuerdo de Cartagena, que estén en la lista de reserva para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, o en la lista de excepciones".

La demanda reúne los requisitos de forma que exige la ley, artículos 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo, y debe admitirse; y como en escrito separado solicita el actor que se decrete la suspensión provisional del acto acusado, se procede al estudio correspondiente.

Acusa el actor la violación del artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, vigente en Colombia desde el 16 de octubre de 1969, según decreto de esa fecha y convertido en ley de la República por la Ley 8ª de 1973, el cual prohíbe a los países miembros del Acuerdo de Cartagena "modificar los niveles de gravámenes y de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de productos originarios y provenientes de la Subregión", exceptuándose sólo de esta obligación a Bolivia y Ecuador en solo dos casos, a saber: a) Cuando deban "racionalizar sus instrumentos de política comercial, con el fin de asegurar la iniciación o expansión de ciertas actividades productivas en sus territorios"; y b) "Cuando la alteración de gravámenes resulte de la sustitución de restricciones por gravámenes, según el artículo 46 del Acuerdo de Cartagena".

Continúa el memorialista diciendo que "de los gravámenes a que se refiere la circular 984 de 1986, de la Dirección General de Aduanas que el inciso demandado cuando se trata de bienes de las listas de reservas o excepciones, *sólo estaban vigentes en Colombia cuando entró a regir el Acuerdo de Cartagena*, el contemplado en el artículo 229 del Decreto-ley 444 de 1967, y el del artículo 20 del Decreto-ley 688 de 1967, a un nivel para cada uno, de 1.5% sobre el valor 'CIF' de las importaciones, tal como lo reconoce la Dirección de Aduanas en certificación que acompaña". Así las cosas dice, es evidente que cuando el inciso demandado de la Circular 984 de 1986, de la Dirección de Aduanas, dice que no están exentas del 18% a que se refiere el artículo 95 de la Ley 75 de 1986, las importaciones de bienes originarios y provenientes de países miembros del Acuerdo de Cartagena, está desconociendo el artículo 54 de este Acuerdo, que prohíbe aumentar los niveles de los gravámenes que estaban vigentes al firmarse el Acuerdo; desconoce, además el artículo 95 de la Ley 75 de 1986, en cuanto que en éste se afirma que el impuesto del 18% se cobrará sin perjuicio de los tratados internacionales, pero según el acto acusado, se cobrará el 18% contrariando el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena.

Además de la acusación anterior, el memorialista acusa el acto demandado de ser violatorio de los artículos 120, ordinal 3º y 135 de la Constitución Nacional, por cuanto la Dirección General de Aduanas, en el acto acusado reglamenta el artículo 95 de la Ley 75 de 1986, sin facultad para ello porque la potestad reglamentaria compete al señor Presidente de la República que sólo la puede delegar en los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos y Gobernadores, según el

artículo 135 de la Constitución. Finalmente acusa la violación de la Constitución Nacional en su artículo 120, numeral 20.

Se considera:

Es oportuno transcribir en su texto tanto la norma acusada como las de superior jerarquía, cuya anulación denuncia el actor.

La norma acusada dice: "No están exentas las importaciones originarias y procedentes del Acuerdo de Cartagena que estén en lista de reservas para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial o en lista de excepciones".

El artículo 54 del Acuerdo de Cartagena suscrito por Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú aprobado por la Ley 8ª de 1973 (abril 14), pero puesto en vigencia por el Decreto legislativo número 1245 de 8 de agosto de 1967, que expresa: "Los países miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes y de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de productos de la Subregión, de modo que signifique una situación menos favorable a la existente a la entrada en vigor del Acuerdo".

"Se exceptúan de estas normas las modificaciones que Bolivia y Ecuador deban introducir en sus aranceles para racionalizar sus instrumentos de política comercial, con el fin de asegurar la iniciación o expansión de ciertas actividades productivas en sus territorios. Estas excepciones serán calificadas por la Junta y autorizadas por la Comisión".

"Así mismo se exceptúan de esta norma las alteraciones de gravámenes que resulten de la sustitución de restricciones por gravámenes a que se refiere el artículo 46".

El artículo 46 del Acuerdo expresa: "Las restricciones de todo orden serán eliminadas a más tardar el 31 de diciembre de 1970".

"Se exceptúan de la norma anterior las restricciones que se apliquen a productos reservados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial las cuales serán eliminadas cuando se inicie su liberación conforme al respectivo programa o según lo establecido en el artículo 53".

"Bolivia y el Ecuador eliminarán las restricciones de todo orden en el momento que inicien el cumplimiento del Programa de Liberación para cada producto, según las modalidades establecidas en el artículo 100 pero podrán sustituirlas por gravámenes que no excedan del nivel más bajo señalado en el literal a) del artículo 52, en cuyo caso lo harán tanto para importaciones procedentes de la Subregión como fuera de ella".

El artículo 95 de la Ley 75 de 1986 (Reforma Tributaria) textualmente expresa: "Sin perjuicio de lo dispuesto en tratados internacionales, los gravámenes de que trata los artículos 229 del Decreto 444 de 1967; 20 del Decreto 688 de 1967; 6º del Decreto 2366 de 1974; 14 de la Ley 2ª de 1976, numeral 37; 1º de la Ley 68 de 1983 y 9º de la Ley 50 de 1984 sustitúyense por un impuesto a las importaciones equivalentes al dieciocho por ciento (18%) de su valor CIF". "El impuesto

contemplado en el inciso anterior será de cinco por ciento (5%) para la importación de fertilizantes o de sus materias primas, siempre y cuando en este último caso la importación sea realizada por entidades públicas o por empresas productoras de fertilizantes. Dicho impuesto será del diez por ciento (10%) para las siguientes importaciones".

Conforme al artículo 54 del Acuerdo de integración Subregional Andina que se puso en vigencia por el Decreto número 1245 de 8 de agosto de 1969, publicado en el Diario Oficial número 32875 de 6 de septiembre de 1969, y aprobado posteriormente por la Ley 8ª de 1973, "los países miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes y de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de productos de la Subregión, de modo que signifique una situación menos favorable de la existente de la entrada en vigor del Acuerdo", por una parte; y, siendo que al entrar en vigor el Acuerdo Subregional Andino el 6 de septiembre de 1969, sólo estaban vigentes los impuestos establecidos en los artículos 229 del Decreto 444 de 1967, y 20 del Decreto 688 de 1967 que modificó el anterior, se concluye que sólo estos impuestos pueden cobrarse por la importación de productos de la Subregión, aun cuando estén en la lista de reserva para Programas Sectoriales o en la lista de excepciones, por cuanto el artículo 95 de la Ley 75 de 1986, no los excepcionó como evidentemente lo habría podido hacer. El primero establecía un impuesto del 1½% del valor "CIF" de las importaciones que se realicen en el país, para "dotar de recursos al Fondo de Promoción de Exportaciones de que trata el presente Decreto".

"La tasa de cambio para la liquidación del mencionado impuesto será la misma que fije el Ministerio de Hacienda para la liquidación del impuesto de aduana *ad valorem*".

Y el artículo 20 del Decreto 688 de 1967 estableció: "En desarrollo del artículo 1º ordinal g) de la Ley 6ª de 1967, establécese, con destino a la solución de los problemas creados por las regulaciones sobre el mercado del café, un impuesto equivalente al 1½% del valor CIF de las importaciones que se realicen al país".

"El impuesto de que trata este artículo se comenzará a cobrar en su totalidad a partir de la vigencia del presente Decreto y en relación con él regirán las mismas exenciones previstas en el artículo 230 del Decreto 444 de 1967".

"El Gobierno reglamentará la destinación que deberá darse al producto de este gravamen".

Ahora bien: Conforme con lo expuesto, se tiene que dando aplicación al artículo 95 de la Ley 75 de 1986, en armonía con el artículo 54 del Pacto Subregional Andino, los únicos impuestos vigentes cuando entró en vigor el citado Acuerdo, el 8 de agosto de 1969, según Decreto número 1245 de esa fecha, son los establecidos en los artículos 229 del Decreto 444 de 1967, y 20 del Decreto 688 de 1967, cuyas cuantías sumadas sólo ascienden al tres por ciento (3%) del valor CIF de las importaciones, y no del 18% del mismo valor, como se dispuso en el inciso 2º del numeral 7º de la circular 984 de 30 de diciembre de 1986

que por las razones expuestas en el curso de esta providencia, se evidencia que contraria normas de superior jerarquía, por ello se suspenderá provisionalmente.

En mérito de lo expuesto,

Se resuelve:

1. Admítase la demanda.

2. Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público, al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, al señor Director General de Aduanas y al señor Director de Impuestos Nacionales.

3. Fíjese en lista por el término de diez (10) días para los efectos del numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

4. Suspéndese provisionalmente los efectos del numeral 7º de la Circular 984 de 30 de diciembre de 1986, originaria de la Dirección de Aduanas en la parte final que dice: "No están exentas las importaciones originarias y procedentes de países miembros del Acuerdo de Cartagena, que estén en la lista de reserva para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial o en la lista de excepciones".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

REGISTRO DE EXPORTACION DE CAFE. SU REGLAMENTACION SOLO CABE HACERLA POR LEY, AL INCOMEX.

Decreto ley 444 de 1967. Decreto extraordinario 151 de 1976 SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la Resolución número 9 de 8 de noviembre de 1984, proferida por el Comité Nacional de Cafeteros de Colombia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 445. Actor: Mario López Valencia.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en su propio nombre acude a esta Corporación el ciudadano Mario López Valencia en demanda de la declaración de nulidad de la Resolución número 9 de fecha 8 de noviembre de 1984, expedida por el "Comité Nacional de Cafeteros" de Colombia y suscrita por el Presidente y el Secretario de dicho comité.

Como la demanda satisface los requerimientos meramente formales que al respecto traza la ley, aquella será admitida.

Suspensión provisional:

En escrito que acompaña a su demanda, el actor solicita a esta Corporación la declaratoria de suspensión provisional de los efectos del acto materia de su pretensión, por cuanto a su entender la resolución atacada está quebrantando de modo ostensible disposiciones de índole superior, tales como el artículo 50 del Decreto-ley número 444 de 1967, el canon 17 de la Super ley, los artículos 3º, y 6º del Decreto-ley número 151 de 1976, etcétera.

El acto acusado:

La Resolución 9 de 1984 del Comité Nacional de Cafeteros materia de acusación, traza el procedimiento al cual debe ajustarse todo interesado en obtener el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en orden a satisfacer el "requisito previo para el registro como exportador de Café en el Instituto Colombiano de

Comercio Exterior", determina las sanciones en que incurren los violadores "de una cualquiera de las normas que rigen en relación con la exportación de café" y dicta otras disposiciones.

Alegando hacerlo "en uso de sus atribuciones" simplemente, el Comité Nacional de Cafeteros profirió su Resolución 9ª de 1984 cuya suspensión provisional se impetra, con apoyo en este único considerando: "Que *el artículo 50 del Decreto-ley 444 de marzo 22 de 1967*, estableció el registro de exportadores en la Superintendencia de Comercio Exterior, hoy Instituto Colombiano de Comercio Exterior, y dispuso que en el caso de exportadores de café, el correspondiente registro se efectuará con el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia". (Subrayas fuera del texto).

Evidentemente, en cuanto expresa tiene apoyo legal el considerando acabado de transcribir, pero lo que dice lo indica a medias y naturalmente toda la resolución montada en dicha expresión incompleta participa de la mutilación o truncamiento fundamental de la cuestión en que nos ocupamos, toda vez que ese cercenamiento deja inmerso al acto atacado en el vicio de ilegalidad que, *prima facie*, resulta de su mero cotejo o simple comparación con disposiciones de estirpe superior, como en seguida se apunta:

En primer lugar, manda el artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967, en que se sustenta la resolución atacada:

> "Sin perjuicio de la libertad de exportación y con miras a estimular y facilitar la actividad exportadora de carácter permanente, *establécese el registro de exportadores en la Superintendencia de Comercio Exterior, entidad que lo reglamentará.*
>
> "El registro de exportadores estará exento de todo gravamen o derecho.
>
> *En el caso de exportadores de café el correspondiente registro se efectuará con el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia*". (Destaca el despacho).

Por su parte, el Estatuto reorgánico del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX, está contenido en el Decreto extraordinario número 151 de 27 de enero de 1976. Entre otras disposiciones, tal estatuto preceptúa:

> "*Artículo 3º Funciones generales*. Conforme al artículo anterior, corresponde al Instituto Colombiano de Comercio Exterior:
>
> (...)
>
> "b) Fijar las metas y programas de exportación del país, con base en los planes sectoriales de desarrollo y adelantar estudios a fin de promover su aumento y diversificación y prestar asistencia a los exportadores en estrecha coordinación con el Fondo de Promoción de Exportaciones.
>
> (...)
>
> "p) *Registrar las importaciones y exportaciones*, aceptar, cancelar y hacer efectivas en su caso, las garantías que deban constituirse ante el Instituto y llevar las estadísticas correspondientes.

(...)

"*Parágrafo.* Además de las funciones anteriores, el Instituto tendrá las que le confieren a la Superintendencia de Comercio Exterior los Decretos 444, 688 y 691 de 1967 y demás disposiciones vigentes en cuanto no pugnen con las disposiciones del Decreto 2974 de 1968".

"*Artículo 6º Funciones del Consejo.* Son funciones del Consejo Directivo de Comercio Exterior:

(...)

"h) Determinar los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones, especialmente en lo relacionado con el señalamiento de los vistos buenos previos que para efectos de dichos trámites sea conveniente exigir. (...)".

"*Artículo 8º Funciones del Director.* El Director del Instituto será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción y tendrá las siguientes funciones:

"a) Expedir los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de las funciones del Instituto;

(...)

"*Parágrafo. Corresponde igualmente al Director del Instituto las funciones asignadas al Superintendente de Comercio Exterior* en los Decretos 444 y 688 de 1967".

(Lo que aparece destacado es ajeno al texto de las normas transcritas).

Así, pues, de conformidad con las disposiciones acabadas de insertar y más específicamente en consonancia con las partes subrayadas de las mismas, surge de modo espontáneo y obvio lo siguiente: a) Las funciones y atribuciones dadas por la ley a la Superintendencia de Comercio Exterior, las tiene ahora y las tenía en 1984 el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, cuando el Comité Nacional de Cafeteros de Colombia expidió su Resolución número 9; b) Dicha entidad de índole oficial, el INCOMEX, lleva el registro de exportadores y en especial el registro de exportadores de café; c) El INCOMEX es el ente oficial al cual la ley material le ha encargado en Colombia la atribución propia y singular de "reglamentar" el mentado registro de exportadores de café: es, pues, el Consejo Directivo de Comercio Exterior del INCOMEX el organismo que tiene como atribución o función legal especialísima la de reglamentar dicho registro, registro en el cual ha de "determinar los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones, especialmente en lo relacionado con el señalamiento de los vistos buenos previos que para efectos de dichos trámites sea conveniente exigir"; d) El registro de exportadores de café que reglamente el Consejo Directivo de Comercio Exterior del INCOMEX deberá llevar "el visto bueno" de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; e) Naturalmente ese "visto bueno" de Fedecafé debe ser puesto a posteriori, esto es, que lo dará la Federación después de que el INCOMEX haya elaborado el perti

nente reglamento del registro de exportadores de café y se lo haga conocer a la entidad cafetera; f) por último, el mentado "visto bueno" lo deberá dar no el Comité Nacional de Cafeteros de Colombia, sino la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, así aquel sea "órgano rector" de Fedecafé.

Consecuencia entendida y forzosa de cuanto queda apuntado es pues, que del simple cotejo o enfrentamiento comparativo entre el acto acusado y las disposiciones superiores transcritas en parte, surge de bulto la grosera transgresión en que incurre la Resolución 9 de 1984 atacada, el abierto maltrato señalado en el libelo por el actor. Tan ruidoso quebranto que el acto impugnado hace de los mandamientos legales en mención, amerita el decreto de la medida cautelar extraordinaria impetrada por el demandante, siguiendo las pautas que sobre el particular determina el Código Contencioso Administrativo, en vista de lo cual el despacho

Decide:

1º *Admitir la demanda* presentada.

2º Tener al ciudadano Mario López Valencia como parte demandante.

3º La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es parte demandada.

4º Notificar personalmente esta providencia al Fiscal Primero del Consejo de Estado.

5º Notificar igualmente de manera personal este proveído al representante legal de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

6º 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.

7º Por Secretaría se solicitarán a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y al Comité Nacional de Cafeteros los respectivos antecedentes administrativos.

8º *Suspender provisionalmente* los efectos de la Resolución número nueve (9) que con fecha 8 de noviembre de 1984 profirió el Comité Nacional de Cafeteros de Colombia de que trata esta providencia.

9º Prevenir a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia —Comité Nacional de Cafeteros— de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción alguna de contenido idéntico, semejante o equivalente al de la Resolución 9 de 8 de noviembre de 1984 cuyos efectos quedan suspendidos.

10. Enviar copia *in integrum* de esta providencia a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, al Comité Nacional de Cafeteros y al Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Benavides Melo, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS PARA LOS TRABAJADORES DE FOCINE. SUSPENSION PROVISIONAL.

No puede la Junta Directiva de dicha empresa, crear para sus trabajadores la bonificación aludida. Mandato del artículo 76 numeral 12 de la Constitución Nacional. Suspende provisionalmente el Acuerdo 0018 de 18 de diciembre de 1985.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 2635. Actor: Hugo Latorre Donado.

Hugo Latorre Donado solicitó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 0018 de la Junta Directiva de la compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, en virtud del cual se desconoció el derecho a una bonificación por servicios prestados para todos sus empleados, en los términos allí previstos.

La medida se solicitó así:

"El Acuerdo número 0018 de diciembre 18 de 1985, dictado por la Junta Directiva de FOCINE, es ostensible, flagrante y directamente violatorio de la Constitución Nacional, artículo 20, 76-9, por las siguientes razones:

"1ª El acto acusado viola de manera manifiesta el artículo 20 de la Constitución y las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de estas'. 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 de la Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE—, 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 de la 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)* (El subrayado es mío), artículo que al cotejarlo con el Acuerdo número 0018 de diciembre 18, norma acusada, se observa sin ningún esfuerzo intelectual la manifiesta violación de aquél por parte de éste (acuerdo).

"3ª La suspensión provisional no está prohibida por la ley para este caso".

Para resolver se considera:

Tratándose de la acción de nulidad, para que la suspensión provisional de un acto administrativo sea procedente, basta que haya manifiesta violación de una norma superior que pueda percibirse a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas, como lo establece el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En el presente caso, efectuada la sencilla comparación, se observa que evidentemente la prestación a que se refiere el Acuerdo 0018 acusado, sólo puede establecerla el legislador o el ejecutivo mediante facultades que expresamente se le confieren, a términos de los numerales 9 y 12 del artículo 76 de la Constitución Política.

No podía, entonces, la Junta Directiva de la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE crear para sus trabajadores la bonificación por servicios prestados, creada por la ley únicamente para los servidores de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional y no para las empresas industriales y comerciales del Estado, como lo es la mencionada compañía.

Luego la medida solicitada debe despacharse favorablemente.

Por lo expuesto se dispone:

1º Suspéndese, provisionalmente, los efectos del Acuerdo 0018 de 1985 de la Junta Directiva de la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE. Comuníquese.

2º Admítese la demanda presentada por Hugo Latorre Donado.

3º Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y al señor Gerente de la mencionada Compañía y por estado.

4º Fíjese en lista por 10 días para los fectos del numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

5º Solicítense los antecedentes administrativos.

6º Cópiese y cúmplase.

Aydée Anzola Linares.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

ACUERDO DE CARTAGENA. LIBERACION DEL COMERCIO ENTRE LOS PAISES DE LA SUBREGION (Suspensión provisional).

El artículo 45 de dicho acuerdo, prohíbe tomar medidas que impidan dicha liberación.

Suspéndese provisionalmente la siguiente frase de la circular 948 de 30 de diciembre de 1986, expedida por la Dirección General de Aduanas que dice: "No están exentas las importaciones originarias y procedentes de paises miembros del Acuerdo de Cartagena que están en la lista de reserva para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial o en la lista de excepciones".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., tres de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 1832. Actor: Buenaventura León León.

El abogado Buenaventura León León, ciudadano colombiano y con Tarjeta Profesional número 40.812 expedida por el Ministerio de Justicia, actuando en su propio nombre, y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, instauró demanda para que se declare la nulidad de la Resolución número 984 de diciembre 30 de 1986, emanada de la Dirección General de Aduanas, en su último inciso del ordinal 7º de la Sección Exenciones que dice: "No están exentas las importaciones originarias y procedentes de países miembros del Acuerdo de Cartagena, que están en la lista de Reserva para Programas Territoriales de Desarrollo Industrial, o en la lista de excepciones".

La demanda reúne los requisitos formales de la ley y en consecuencia se dispondrá admitirla. Y como el actor solicita que se suspenda provisionalmente los efectos del acto demandado, se procede a su estudio para lo cual se hacen las siguientes consideraciones.

Acusa el actor de violación por el acto que impugna del Acuerdo Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena, puesto en vigencia por el Decreto 1245 de 1969 y aprobado después, por la Ley 8ª de 1973; la [illegible] 75 de 1990; Decreto 91 de 1984; artículo 84, Decretos 1632, 2472 y 662 de 1960 de 1968 y 1974 respectivamente y Constitución Nacional en sus artículos 16, 76, 18 y 120, 20.

El Pacto Andino se violó en sus artículos 1º y 2º que establecen los objetivos y medios para lograr el desarrollo económico equilibrado y armónico de los países miembros, mediante los mecanismos que estableció en el artículo 2º, a los cuales se opone la medida restrictiva de la Dirección General de Aduanas, al imponer mayores gravámenes arancelarios a los existentes cuando entró en vigencia el Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, por el Decreto 1245 de 1969, que ascendían al 3% del valor CIF de las importaciones, al paso que la norma que acusa los eleva al 18% del mismo valor, violando el artículo 41 del Acuerdo conforme al cual, "el programa de liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones en todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro". Se violó igualmente el artículo 47 que estableció los plazos para cumplir el programa de liberación; el 54, según el cual "los países miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de productos originarios de la Subregión de modo que signifique una situación menos favorable que la existente a la entrada en vigor del Acuerdo", con la sola excepción de Bolivia y Ecuador que se les permitió introducir modificaciones en el arancel, y 61 *ibidem*, por el cual los países miembros se comprometieran a poner en aplicación un arancel externo común a más tardar el 31 de diciembre de 1983, concluyendo finalmente que no puede ser más clara la violación de normas supralegales del Acuerdo de Cartagena, que se creó para lograr un desarrollo armónico y equilibrado de los países miembros, el cual se aprobó por la Ley 8ª de 1973 y se puso en vigor mediante el Decreto 1245 de 1969. Igualmente la circular demandada es violatoria de la Ley 75 de 1986, por cuanto los gravámenes establecidos en ella, se deben aplicar "sin perjuicio de lo dispuesto en tratados internacionales"; los Decretos 1632, 2472 y 662 de 1960 y 68 y 74 sin indicar el año; los cuales violó la Dirección General de Aduanas, por cuanto la interpretación de los tratados públicos concierne a la Cancillería y no a esa oficina; se violó también el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pues el Director de Aduana carece de competencia para reglamentar una norma de la ley, pues esa competencia es del Presidente de la República; se violaron los artículos 16, 30, 32, 76 y 120 de la Constitución, pues compete al Presidente de la República celebrar tratados públicos y al Congreso aprobarlos o improbarlos, lo cual se hizo incorporándolos a nuestra Legislación interna, ratificado mediante en canje de notas y el depósito correspondiente, por lo cual no es lícito discutir su validez como lo hizo la Dirección General de Aduanas

Se considera:

Para el suscrito Consejero asiste razón al actor. En efecto, en un caso similar en el cual se demandó precisamente la misma disposición (ordinal 7º, último inciso de la Sección de Exenciones) de la circular 984 de diciembre 30 de 1984, por las mismas razones de orden jurídico que se alegan en esta demanda, se decretó la suspensión provisional

En efecto, cuando entró en vigencia el Pacto Andino mediante el Decreto 1245 de 8 de agosto de 1969, y de acuerdo con el artículo 54 del citado Pacto Subregional, sólo se podía cobrar a los productos

provenientes de la Subregión, los impuestos vigentes en esa fecha que totalizaban el 3% CIF de las importaciones, discriminados así: 1.5% conforme al artículo 229 del Decreto 444 de 1967 en favor de Proexpo; 1.5% para fondos comunes. Resulta evidente la violación del artículo 45 del mencionado Acuerdo de Cartagena que prohíbe tomar medidas que impidan la liberación del comercio entre los países de la Subregión.

En mérito de lo expuesto, se decide:

1. Se admite la demanda.

2. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público, al señor Ministro de Hacienda, al Director de Impuestos Nacionales y al señor Director General de Aduanas.

3. Fíjese en lista por el término legal.

4. Suspéndase provisionalmente la siguiente frase de la Circular 984 de 30 de diciembre de 1986, expedida por la Dirección General de Aduanas, que dice: "No están exentas las importaciones originarias y procedentes de países miembros del Acuerdo de Cartagena, que estén en la lista de reserva para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, o en la lista de excepciones".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO VII

ACTOS NO ADMINISTRATIVOS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

BANCO CAFETERO:

1. Naturaleza jurídica. Norma creadora: Decreto 2420 de 1968.

2. Objeto: Estatutos: Fueron aprobados por el señor Presidente de la República según Decreto número 886 de 31 de mayo de 1969. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. JURISDICCIONES DE CONOCIMIENTO DE SUS ACTOS Y HECHOS YA DE NATURALEZA PRIVADA O EN FUNCION ADMINISTRATIVA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., ocho de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 5130. Apelación Auto. Actor: Mario Ovidio Durán Suárez. Demandado: Banco Cafetero.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el actor, contra el auto calendado el día veinticinco (25) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en virtud del cual se inadmitió la demanda por las razones que en él se precisan.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente del proveído impugnado. En él se lee:

"En el presente caso la demanda se dirige contra una empresa comercial del Estado como lo es el Banco Cafetero, según la escritura señalada en el Decreto de su creación o sea el número 2314 de 1953.

"Ahora bien; esta clase de entidades, por regla general en sus actividades contractuales se someten a las reglamentaciones contenidas en los Códigos Civil y de Comercio, salvo en las relaciones laborales con sus servidores que tengan el carácter de empleados públicos y en los contratos que se incluya la cláusula de caducidad o que por su naturaleza pertenezcan a la clasificación de administrativos.

"Analizada la demanda, se observa que lo que el actor impugna es un contrato de préstamo de dinero sobre bases puramente privadas, regido estrictamente por el derecho comercial. En este orden, no es

posible que esta jurisdicción entre a decidir si el acto consistente en cobrar por la vía ejecutiva una obligación pactada con una garantía hipotecaria, se ajusta a derecho o no, para determinar si hay lugar a indemnización de perjuicios.

"Es más; como la acción de cobro se adelantó ante uno de los juzgados civiles del circuito de esta ciudad, el actor tuvo oportunidad de oponerse a la ejecución fundamentada en el mencionado contrato e inclusive evitar el remate del bien hipotecado, pues se supone que tuvo a su alcance los medios legales para tal fin.

"En consecuencia, la Sala concluye que carece de jurisdicción para juzgar el asunto propuesto en la demanda materia de análisis y por tanto debe ser inadmitida" (fls. 31 y 32, cuaderno número 1).

II

Sustentación del recurso:

A folios 34 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto del alegato presentado por el actor, en el cual éste hace valoraciones de orden fáctico y jurídico en apoyo de sus pretensiones. En lo sustancial del mismo se destaca:

"¿Qué es un préstamo de Ley Quinta?

"1º La Ley Quinta de 1973, creó el Fondo Financiero Agropecuario e incorporó a dicho Fondo, el que venía funcionando con el nombre de Fondo Financiero Agrario (art. 6º).

"2º 'La administración del Fondo Financiero Agropecuario estará a cargo del Banco de la República' (Lo ordena el artículo 9º). Contrato que el Gobierno celebró mediante autorización del mismo artículo 9º.

"3º Su artículo 10, establece 'los requisitos para el redescuento de los préstamos de Fomento Agropecuario y Entidades que tienen derecho a él'. El redescuento de préstamos en el Fondo Financiero Agropecuario se sujetará a las siguientes reglas:

"'1º Que tales préstamos a corto, mediano y largo plazo se hayan concedido para actividades agropecuarias por la Caja de Crédito Agrario, el Banco Ganadero, el Banco Cafetero, los Fondos Ganaderos, las Cooperativas de Producción Agropecuaria, aquellas otras instituciones bancarias o financieras que tengan por objeto principal el «Fomento Agropecuario», y por los bancos comerciales, siempre y cuando estas entidades estén al día en el cumplimiento de las obligaciones y demás condiciones que les impone esta ley.

"'2º Que los préstamos se hayan otorgado con sujeción a los programas y requisitos exigidos o establecidos por el Ministerio de Agricultura, según lo prescrito en el artículo 12 de esta ley. Para acreditar este hecho los bancos y entidades interesadas deberán enviar al Banco de la República los documentos que hayan servido de base para la concesión del crédito.

"'3º Que la operación de redescuento se haga de conformidad con lo dispuesto en esta ley y en los reglamentos de Junta Monetaria, y dentro del cupo que esta le señale a la respectiva entidad del crédito.

"'4º Que la asistencia técnica y el control de inversiones se lleve a cabo por las entidades y en las condiciones señaladas en esta ley'.

"En conclusión: El Fondo Financiero Agropecuario fue creado por ley de la República, para la prestación de un servicio público directamente al agro colombiano, con recursos del Estado, manejados directamente por el Banco de la República, en donde se exigen requisitos y trámites específicos para poder concederlos.

"El Banco Cafetero, sirvió como intermediario para que el Banco de la República, por intermedio del Fondo Financiero Agropecuario, me hiciera un préstamo por un millón de pesos, 'correspondiente al crédito otorgado con recursos de la Ley Quinta - Fondo Financiero Agropecuario - Proyecto Integral Ganadería - Cría'. Así quedó consignado en el pagaré número 1094. Nunca el Banco Cafetero me prestó de su dinero.

"¿Cuál fue entonces la misión inicial del Banco Cafetero?

"Comprobar que cumplía los requisitos exigidos en la Ley Quinta, para que el Fondo Financiero Agropecuario, me prestara para invertir en una finca de mi propiedad.

"Su actividad como empresa comercial e industrial del Estado no fue desarrollar, actividades comerciales o industriales, con Mario Ovidio Durán Suárez; fue prestar un servicio público como intermediario, luego se coloca bajo la tutela del derecho público.

"Pero la misión del intermediario, en este caso Banco Cafetero, no concluye con solo comprobar los requisitos para que otorgaran el préstamo, sino que tiene que continuar el seguimiento del crédito mediante el control de asistencia técnica y el control de inversiones como lo ordena el parágrafo III del artículo 12 de la misma Ley Quinta que dice: 'La asistencia técnica y el control de inversiones en los créditos agropecuarios estarán a cargo de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el Banco Ganadero, los Fondos Ganaderos o de entidades crediticias o gremiales que previamente autorice para ello el Ministerio de Agricultura y se sujeten para el efecto a las condiciones que éste le señale. Tales entidades prestarán dicho servicio, bajo la supervisión del Instituto Agropecuario Colombiano, bien directamente o mediante contratos de prestación de servicios técnicos que celebren con profesionales o firmas especializadas independientes, pero en este último caso continuarán siendo responsables ante el respectivo prestatario'.

"Luego el no haber hecho un seguimiento y control razonable de las inversiones es una omisión capaz de producir efectos jurídicos al tenor del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. Y el declarar de plazo vencido el pagaré número 1094 de septiembre ocho de 1981 e iniciar un proceso ejecutivo es un acto administrativo, según definición del mismo artículo 83 del Código Contencioso Administrativo que dice: 'Son actos administrativos las conductas y las absten-

ciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influye de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia'.

"En el periódico El Espectador —edición del 21 de abril del presente año, en la página 3D-Sector Financiero— viene el siguiente comentario, que me permito transcribir:

" *'¿Qué son los Fondos Financieros?'*.

" 'Los Fondos Financieros son entidades que cumplen funciones crediticias de fomento, sin prestar dinero al público en forma directa, sino a través de los organismos de crédito autorizados como los bancos y las corporaciones financieras'.

" 'En cuanto a la captación de recursos, esta se efectúa por medio del mercado o de las inversiones obligatorias y voluntarias de otros intermediarios financieros, o del Banco de la República a través de la emisión primaria de dinero'.

"Fondo Financiero Agropecuario"

"De acuerdo con el artículo 1º de la Ley Quinta de 1973, el Fondo Financiero Agropecuario tiene los siguientes objetivos:

" 'Capitalizar el sector agropecuario, a fin de incrementar la producción agrícola y ganadera, fortalecer el sector externo de la economía y solucionar las deficiencias alimenticias del pueblo colombiano.

" 'Orientar la política agropecuaria, para garantizar un adecuado aprovechamiento de la tierra, el aumento del producto interno y la equitativa distribución del ingreso.

" 'Propender por la utilización racional del potencial humano del sector rural. Este Fondo cuenta con los recursos captados a través del Banco de la República que son: Títulos Financieros Agroindustriales, Títulos Clase A del Fondo Financiero Agropecuario, Títulos Clase B del Fondo Financiero Agropecuario y, además, recursos de crédito externo y préstamos del Banco de la República.

" 'De otra parte toda persona natural o jurídica podrá beneficiarse de los recursos del Fondo, siempre y cuando cumpla con lo establecido legalmente, como es, estar domiciliado en el país; demostrar la calidad de dueños, arrendatarios poseedores o tenedores de buena fe, de predios susceptibles de producción y que acrediten ante las entidades prestamistas que los están explotando o que los proyectan explotar'.

"En sentencia de 18 de febrero de 1980. Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sección Primera. El honorable Consejero doctor Alfonso Arango Henao, dijo: 'En conclusión, puede afirmarse que cuando las empresas comerciales o industriales del Estado, desarrollan actividades comerciales o industriales se colocan dentro del ámbito del derecho privado y cuando la actividad consiste en la prestación de un servicio público, se colocan bajo la tutela del derecho público'.

"El artículo 241 del Código Penal eleva a la categoría de delito, contra el orden económico, la aplicación fraudulenta del crédito oficialmente regulado.

"La acción penal siempre es pública. Así lo ordena el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal. Luego no es lógico que el Tribunal Administrativo de Santander, rechace esta demanda por falta de jurisdicción, basado en: '...que lo que el actor impugna es un contrato de préstamo de dinero sobre bases puramente privadas regido extrictamente por el derecho comercial'.

"Los préstamos de Ley Quinta, están oficialmente regulados" (fls. 34 a 37).

III

Vista fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edré Cohen, en su concepto de fondo analiza las circunstancias legales, generales y particulares del caso así:

"Afirma el recurrente que el Banco Cafetero, sirvió como intermediario para que el Banco de la República, por intermedio del Fondo Financiero Agropecuario, le hiciera un préstamo, correspondiente al cupo obligado con recursos de la Ley 5ª. La actividad del Banco Cafetero fue la de empresa comercial e industrial del Estado y no desarrolló una actividad comercial o industrial, prestó un servicio público como intermediario, luego se coloca bajo la tutela del derecho público.

"Así pues, afirma el recurrente, cuando el Banco Cafetero no realizó un seguimiento y un control razonable de las inversiones, incurrió en una omisión capaz de producir efectos jurídicos al tenor del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, y al declarar vencido el plazo del pagaré número 1094 de septiembre 8 de 1981 e iniciar un proceso ejecutivo, realizó un acto administrativo.

"De los hechos narrados en la demanda y de lo que afirma el recurrente, la actividad que desarrolló la empresa industrial y comercial del Estado demandada, fue justamente una actividad típica del derecho mercantil propia de las funciones comerciales que desarrolla.

"El Decreto-ley 3130 de 1968, artículo 31 establece: 'Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos'.

"El recurrente confunde el hecho del seguimiento y control que ha tenido que realizar el Banco Cafetero, con la noción de acto administrativo.

"Las razones que sirvieron de fundamento al auto apelado se ajustan en todo a derecho. La justicia contencioso administrativa no es la llamada a conocer de este proceso, sino la jurisdicción ordinaria.

"En consecuencia, el auto apelado debe ser confirmado" (fls. 44 y 45).

IV

Consideraciones de la Sala:

A) El Banco Cafetero es una empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa, capital independiente, vinculado al Ministerio de Agricultura, creado en desarrollo del Decreto 2314 de 1953, y organizado conforme a las normas establecidas en éste, en el Decreto 2420 de 1968, y en sus estatutos, los cuales fueron aprobados por el señor Presidente de la República según Decreto 886 de 31 de mayo de 1969. De acuerdo con el artículo 4º de estos "constituyen el objeto principal del Banco todas las operaciones, negocios, actos y servicios propios de la industria bancaria, ejecutados por medio del establecimiento bancario que lleva su nombre y de acuerdo con las normas legales contenidas en el Decreto extraordinario número 2314 de 1953 y de las disposiciones aplicables a las entidades de su clase";

B) A la luz de lo preceptuado en el artículo 31 del Decreto-ley 3130 de 1968: "Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos".

La filosofía jurídica anterior ha permitido a la Sala, en jurisprudencia reiterada, deslindar las controversias que surgen con ocasión de la actividad industrial o comercial que tales empresas realizan, la cual se rige por las normas del derecho privado, de las que llevan a cabo para el cumplimiento de las funciones administrativas, que les haya confiado la ley, que son actos administrativos de los cuales conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así, en sentencia de 6 de marzo de 1980, Expediente número 2654, Actor: Federación Cía de Seguros S. A., Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango se precisó:

"La realización de tales operaciones de crédito está regulada por el derecho comercial y no por el derecho público (art. 6º, Decreto-ley 1050 de 1968; arts. 1º, 4º del Decreto 3130 de 1968).

"Y no sólo tales 'actos y hechos' realizados 'para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetas a las reglas del derecho privado' *sino que las controversias* que surjan en relación con ellas, son de competencia de la jurisdicción ordinaria 'conforme a las normas de competencia sobre la materia', según lo dispone expresamente el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968.

"Sólo 'aquellos que se realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley son actos administrativos', por lo que, *a contrario sensu*, los actos realizados para

cumplir sus objetivos comerciales o industriales, son de derecho privado, *no son actos administrativos*".

Recientemente, en providencia de primero (1º) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), Expediente número 5072. Indemnización. Actor: Cesar [illegible] y Asociados, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, se dijo:

"3. En esta clase de entes, la actividad industrial o comercial se rige, por mandato legal, por las normas del derecho privado y las controversias derivadas de dicha actividad serán del conocimiento de la jurisdicción ordinaria (art. 31 del Decreto 3130 de 1968)";

C) En el *sub lite* la Sala encuentra que tanto la hipoteca que el actor afirma constituyó por medio de la Escritura Pública número 2239 de agosto 11 de 1981, como el pagaré número 1994 que por la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000.00), se suscribió a favor del Banco Cafetero, correspondiente al crédito otorgado con recursos de Ley Quinta - Fondo Financiero Agropecuario - Proyecto Integral de Ganadería - Cría, son operaciones típicamente comerciales, y responden al objeto comercial que realiza el Banco Cafetero, todo lo cual explica que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer de la demanda que el *a quo*, con correcta valoración jurídica, inadmitió. Por ello el proveído impugnado será confirmado;

D) Simplemente y para darle fuerza de convicción a esta providencia, y también a manera de pedagogía jurídica, la Sala recuerda al demandante que aún en el evento de que el asunto fuera de naturaleza administrativa, tampoco se habría podido admitir la demanda, habida consideración de que el actor ejercitó la acción de reparación directa y cumplimiento, consagrada en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, cuya caducidad era de tres años en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 los cuales quedaron reducidos a dos, en el Decreto 01 de 1984. Como el hecho que se invoca como fuente del daño, esto es, la declaratoria de plazo vencido de la acreencia, ocurrió, según el actor, el nueve de agosto de 1982, la acción aparece caducada a la luz de ambas normatividades.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Resuelve:

Confírmase el auto impugnado, dictado dentro del proceso del rubro el día veinticinco (25) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), visible a folios 31 y siguientes del cuaderno número uno, por las razones expuestas en los considerandos del presente proveído.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Julio César Uribe Acosta, Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I
ACTOS DE LOS GOBERNADORES

SUSTRACCION DE MATERIA.

1. Elaborada exclusivamente frente a pretensiones de simple nulidad.

2. No es aplicable tratándose de actos subjetivos ni de los denominados por la doctrina como "ACTOS CONDICION".

ACTOS DE ELECCION COMO ACTOS CONDICION (Reiteración jurisprudencial).

PERIODISMO.

1. Ejercicio.

2. TARJETA PROFESIONAL DEL PERIODISTA.
Como "documento legal que acredite a su tenedor como periodista profesional" OTORGAMIENTO DE LA TARJETA.

¿A quién corresponde? Requisitos para cumplir en forma previa al otorgamiento (arts. 3º, 5º ibídem*).*

3. PERIODISTAS EN LAS AGENCIAS GUBERNAMENTALES Y CORPORACIONES PUBLICAS DE ORIGEN POPULAR, LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS, LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

"En dichas entidades sólo podrán emplear a periodistas profesionales en lo que a servicio periodístico se refiere (art. 10 ibídem*). Será nulo todo nombramiento que se haga contraviniendo lo dispuesto anteriormente".*

Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.— Bogotá, D. E., nueve de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número E-102. Actor: José Francisco Mejía Annicchiarico. Asunto: Apelación Sentencia del 28 de enero de 1987, Tribunal Administrativo de Risaralda.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Judicial del Departamento de Risaralda contra la sentencia de fecha 28 de enero de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda dentro del proceso indicado en la referencia, mediante la

cual se decretó la nulidad parcial del Decreto número 0531 del 5 de septiembre de 1986, expedido por el señor Gobernador del Departamento en mención.

I. La demanda:

En libelo presentado personalmente en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Risaralda el día 29 de septiembre de 1986, el señor José Francisco Mejía Annicchiarico demandó la declaratoria de nulidad del Decreto número 0531 de fecha 5 de septiembre de 1986, mediante el cual el Gobernador del Departamento de Risaralda nombró al señor Juan Antonio Ruiz Romero para desempeñar el cargo de Coordinador de Prensa, Grado 13, en la Sección de Información y Prensa del Despacho del Gobernador, en reemplazo del señor Miguel Alvarez de los Ríos, cuyo nombramiento fue declarado insubsistente en la misma providencia. La demanda considera que con el nombramiento hecho al señor Ruiz Romero el funcionario nominador infringió los artículos 4º, 7º y 10 de la Ley 51 de 1975 "por la cual se reglamenta el ejercicio del periodismo y se dictan otras disposiciones".

Como fundamentos fácticos y jurídicos de su pretensión expuso el actor los que pueden resumirse brevemente así: El señor Juan Antonio Ruiz Romero, designado por el acto acusado para ocupar el cargo de Coordinador de Prensa en la Sección de Información y Prensa de la Gobernación de Risaralda, tomó posesión de su empleo el 15 de septiembre de 1986, pero no reunía los requisitos que la ley exige para desempeñar el cargo, pues no era periodista profesional ya que para la época de su designación y subsiguiente posesión no había sido inscrito como periodista ni expediósele la tarjeta profesional correspondiente, todo lo cual implica violación de las normas de la Ley 51 de 1975, la cual ordena a las agencias gubernamentales que establezcan o tengan servicios informativos o de divulgación, emplear únicamente a periodistas profesionales en cuanto a servicios periodísticos se refiere (art. 10); crea la tarjeta profesional de periodista como documento legal para acreditar a su tenedor como periodista profesional (art. 4º) y establece sanciones para quienes en forma permanente ejerzan la profesión de periodista sin haber obtenido la tarjeta profesional correspondiente (art. 7º).

II. La sentencia apelada:

Aunque el actor fundamentó su demanda en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y señaló como procedimiento aplicable el ordinario previsto en el Título XXIV *ibidem*, el Tribunal *a quo*, obrando correctamente, tramitó y decidió el asunto *sub lite* bajo los trámites propios del proceso electoral (Capítulo IV del Título XXVI). En la sentencia apelada, el Tribunal Administrativo de Risaralda, en un todo de acuerdo con su colaborador fiscal, decretó la nulidad parcial del Decreto acusado, "en lo referente al nombramiento del señor Juan Antonio Ruiz Romero como Coordinador de Prensa", porque halló demostrado que con dicha designación se violaron los preceptos de la Ley 51 de 1975 que, para eventos como el de

autos, exigen que el beneficiario del nombramiento sea tenedor de la Tarjeta Profesional de Periodista.

III. La apelación interpuesta:

La apoderada constituida por el señor Gobernador de Risaralda, al sustentar el recurso de alzada, adujo como base de ella que con posterioridad a la fecha en que el expediente entró al Despacho del señor Magistrado conductor del proceso en la primera instancia, la Administración Departamental mediante el Decreto número 0047 de fecha 20 de enero del año en curso, revocó el acto acusado y mediante el mismo acto, nombró al propio señor Juan Antonio Ruiz Romero en el mismo cargo de Coordinador de Prensa, "puesto que una vez subsanada la falta del requisito para ocupar el cargo —al obtener el señor Ruiz su título profesional y tramitar debidamente su tarjeta de periodista— era posible hacerlo, ya que había desaparecido el fundamento legal que impedía que el puesto fuese desempeñado por él" Agrega la recurrente que "por no existir entonces al momento del fallo el nombramiento acusado por el actor y considerando que para entonces las causales para decretar la nulidad habían desaparecido, como en efecto sucedió, solicitó al honorable Consejo de Estado revocar el fallo de primera instancia proferido por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda" (fls. 68 a 70 cuaderno 1).

La apelante invocó los artículos 181 y 250 del Código Contencioso Administrativo y acompañó a su escrito algunos documentos tendientes a acreditar sus aseveraciones (fls. 63 a 67, cuaderno 1).

IV. La vista fiscal:

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación, en su concepto de fondo dentro de esta instancia, tras precisar que el único cargo que se deduce del libelo es el de carencia de los requisitos legales por parte del señor Ruiz Romero para desempeñar el cargo de periodista en la Sección de Información y Prensa del Despacho del Gobernador de Risaralda, solicita la revocatoria del fallo recurrido para que, en su lugar, esta Corporación en sentencia de mérito, niegue las súplicas de la demanda por falta de legitimación en la causa pasiva. Al respecto, razona así el señor Fiscal colaborador:

"Del contenido de la demanda se infiere que, no obstante que el acto cuya nulidad se deprecia es el Decreto 0531 de septiembre 5 de 19[illegible], emanado por el Gobernador del Departamento de Risaralda, y tal Decreto contiene en su artículo 1º una decisión dual, el nombramiento del señor Juan Antonio Ruiz Romero en el cargo de Coordinador de Prensa, grado 13, en la Sección de Información y Prensa del Despacho del Gobernador y la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del doctor Miguel Alvaro de los Ríos para el mismo cargo (fl. 1), la pretensión de anulación del referido Decreto se contrae al primer acto, es decir, al nombramiento del señor Juan Antonio Ruiz Romero en el cargo indicado.

"Ahora bien, dada la circunstancia de que el Decreto acusado se refiere a un funcionario o empleado público del orden departamental, el acto es igualmente departamental y la parte obligada al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los hechos relacionados en la demanda como *causa petendi* es el Departamento de Risaralda, entidad administrativa de donde emana el acto, persona jurídica de derecho público.

"Ocurre, empero, que el demandante, al dar cumplimiento al numeral 1 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, que establece la obligación de designar las partes y sus representantes, expresa: '*Partes:* Gobernador del Risaralda (sic) Ministerio Público - Juan Antonio Ruiz Romero - José Francisco Mejía Annicchiarico' (fl. 9).

"Teniendo el Gobernador y el Ministerio Público en el proceso, según la preceptiva jurídica que regla el punto, una calidad distinta de la de sujetos de derecho llamados a responder en la condición de parte demandada, se presenta el fenómeno jurídico de falta de legitimación en la causa pasiva, fenómeno que, con arreglo a la doctrina de los autores y la reiterada jurisprudencia del horable (sic) Consejo de Estado, conduce a un despacho negativo de los pedimentos formulados en el libelo demandatorio".

V. La actitud del demandado:

Debidamente notificado de la existencia del proceso que buscaba la declaratoria de nulidad de su nombramiento, el señor Juan Antonio Ruiz Romero guardó total silencio, no constituyó apoderado ni intervino dentro del proceso para oponerse a las peticiones de la demanda, dejando su defensa a cargo del Procurador Judicial designado por el Gobernador del Departamento de Risaralda.

VI. Consideraciones de la Sala:

Rituada en legal forma la segunda instancia ante esta Corporación, ha llegado el momento de desatar la alzada interpuesta, a cuyo efecto se considera:

1º La tesis de la sustracción de materia.

Aunque no lo dice expresamente, del alegato contentivo del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Departamento de Risaralda se desprende que solicita la revocatoria de la sentencia apelada con fundamento en el hecho de que para cuando el fallo se produjo el acto acusado había sido revocado por el Gobernador de Risaralda mediante el Decreto número 0047 del 20 de enero del año en curso por lo cual desapareció del mundo del derecho la sujeta materia del proceso y este último, por consiguiente, perdió su razón de ser.

Cree oportuno la Sala reiterar una vez más, en esta oportunidad la jurisprudencia tradicional de la Corporación conforme a la cual la tesis de la sustracción de materia, elaborada exclusivamente frente a pretensiones de simple nulidad de actos de contenido general y abstracto, que por sí mismos no son generadores de efectos particulares

y concretos, no es aplicable en tratándose de actos subjetivos ni de los denominados por la doctrina "actos-condición", que sean violatorios de una norma superior y productores, además, de efectos concretos que eventualmente causen daño o lesión. Y ello porque, como lo expresó la Corporación en sentencia de fecha 7 de marzo de 1979, "...en este caso su revocación, con efectos hacia el futuro, no hace inocuo el pronunciamiento judicial de anulación, pues este retrotrae sus efectos hasta el momento mismo de la génesis del acto para hacerlo desaparecer del ámbito jurídico hasta el punto de crear la ficción o suponer que jamás existió jurídicamente, con lo cual se logra la plenitud de la tutela jurídica que no se obtendría por la vía de la revocación o de la derogación, pues estas modalidades de extinción dejan intactos los efectos producidos anteriormente. En el caso de autos el objeto de la pretensión anulatoria son (sic) unos actos de elección, vale decir actos condición que, por su propia naturaleza, tienen virtualidad para generar directamente efectos jurídicos concretos, por manera que en este proceso no es factible la aplicación de la jurisprudencia sobre la sentencia inhibitoria por sustracción de materia. En tal virtud el Consejo no prohija, ni acoge la fundamentación ni las conclusiones del fallo recurrido y en cambio afirma la necesidad de hacer un pronunciamiento de mérito" (Sentencia citada, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Consejero ponente doctor Carlos Galindo Pinilla; *"Anales del Consejo de Estado"*, Tomo XCVI, números 461 y 462, páginas 602 y siguientes).

Esa concepción jurisprudencial aparece expresada también en sentencia dictada por la Sección Primera de la Corporación con ponencia del Consejero doctor Mario Enrique Pérez, en la que en forma afortunada se resumen los fundamentos éticos y jurídicos que fortalecen la tesis conforme a la cual la derogación o revocación de actos que produjeron la plenitud de sus efectos es inocua procesalmente. Se dijo en el fallo que se comenta, lo siguiente que esta Sala acoge en su integridad:

> *"Necesidad de un pronunciamiento de fondo.* Es cierto que los actos administrativos controvertidos en este proceso fueron revocados y derogados los decretos que les dieron origen, con posterioridad a las elecciones presidenciales, por los funcionarios que los profirieron. Esta abolición es motivo suficiente para que algunos, como el señor Fiscal, expresen que en casos como éste no pueda recaer un pronunciamiento de mérito. En oposición al criterio anterior, opina la Sala que la derogación o revocación de actos que produjeron la plenitud de sus efectos jurídicos es inocua y que, por lo tanto frente al proceso se han de reputar como subsistentes. Al proceder así se evita que se cometan fraudes contra la acción de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que se dicten actos no ajustados conforme a derecho, con la intención de que produzcan en un momento dado determinados efectos, y de que cuando estos se hayan logrado, se revoquen o deroguen, propiciando una burla a la ley. En estos casos debe quedar, además de una doctrina, el registro jurisdiccional de que los mismos se ciñeron a la Constitución o la ley o, al contrario,

de que se apartaron de ellas. Esto dejará, como factor positivo, el antecedente que pueda impedir la repetición de esta clase de actuaciones y cierta crítica, así aparezca superflua, para quienes procedieron irregularmente. Todo lo anterior lleva a la Sala a decidir en el fondo el presente proceso" (Sentencia de 31 de enero de 1979, *"Anales del Consejo de Estado"*, Tomo XCVI, números 461 y 462, páginas 211 y siguientes).

En el caso *sub lite*, el objeto de la pretensión electoral del actor está constituido por un acto de nombramiento, el Decreto número 0531 de fecha 5 de septiembre de 1986, mediante el cual el señor Gobernador del Departamento de Risaralda designó al señor Juan Antonio Ruiz Romero para desempeñar el cargo de Coordinador de Prensa, grado 13, en la Sección de Información y Prensa del despacho del Gobernador. Vale decir, que el acto impugnado es un acto-condición que produce en forma inmediata efectos jurídicos concretos, por lo cual, de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación que en esta ocasión se reitera, no es del caso aplicar en el presente proceso la tesis de la sentencia inhibitoria por sustracción de materia.

2º La falta de legitimación en la causa pasiva.

Según quedó dicho, el señor Agente del Ministerio Público solicita en su vista de fondo que se denieguen las súplicas de la demanda, pues considera que al haber señalado la demanda, en el acápite respectivo, al señor Gobernador de Risaralda como parte demandada y no a la persona jurídica de derecho público que dicho funcionario representa, dio lugar al fenómeno jurídico de la carencia de legitimación en la causa pasiva que el colaborador fiscal encuentra configurado y que, según la jurisprudencia y la doctrina ha de conducir a un fallo denegatorio de las pretensiones.

La Sala estima que si bien es cierto que el defecto apuntado por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación existe, tal falla no puede tener el alcance que se le atribuye en la vista fiscal en tratándose de acciones que, como la electoral, están al alcance de cualquier persona, es decir, que son públicas y cuyo ejercicio no requiere del patrocinio de abogado. Y ello, porque no es del todo razonable exigir que una persona no versada en las difíciles artes del derecho y la jurisprudencia, tenga el dominio de conceptos que en no pocas ocasiones son abstractos e intrincados y de difícil manejo, inclusive para muchos juristas.

No puede remitirse a duda, en efecto, que para el común de las gentes, la Presidencia de la República, como institución, se identifica con la persona del Primer Mandatario, de la misma manera que el Departamento, como entidad territorial descentralizada, para tales personas se confunde con la persona de su representante legal, el Gobernador del Departamento. Para ese común, tanto el señor Presidente de la República como el Gobernador del Departamento o el Alcalde Municipal "son" las personas jurídicas que, respectivamente ellos representan. Si bien puede argüirse que técnica y procesalmente hablando lo que acaba de decirse es inexacto, no es menos cierto que ello real y sociológicamente expresado es casi una verdad inconcusa. Y como el derecho no puede hacer abstracción de la realidad social y

política del medio dentro del cual actúa, mal pueden los jueces encargados de decir lo que es el derecho dentro de ese contexto, hacer caso omiso de tal realidad para que tecnicismos concebidos con propósitos diferentes, frustren la finalidad clara de la ley, la cual quiere, en forma inequívoca, que el ejercicio de la acción electoral esté en todo momento al alcance de "cualquier persona", como lo expresa nítidamente el artículo 227 del Código Contencioso Administrativo.

Tampoco ha de perderse de vista que la interpretación de la demanda, en tanto y en cuanto ella sea posible, es uno de los más preciosos instrumentos con que cuenta el juzgador para lograr el propósito fundamental de obtener "la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial", y que tal interpretación ha de hacerse en forma contextual, tomando la pieza interpretada como un todo integrado y no por compartimentos estancos. Esa interpretación, en el caso de autos, lleva al convencimiento de que si bien en el libelo se señaló como "parte" al Gobernador de Risaralda, todo el contexto de la demanda apunta a un propósito nítido y bien definido: Obtener la nulidad de un acto administrativo expedido por el Gobernador del Departamento de Risaralda con violación de las normas jurídicas de superior jerarquía a las cuales su autor debía respeto.

No sobra agregar, dentro del orden de ideas que se ha venido exponiendo, que en el caso de autos el actor, José Francisco Mejía Annicchiarico, actúa en su propio nombre, sin invocar calidad o título distinto del de ciudadano, y que redacta su demanda en forma tal que a primera vista y sin esfuerzo puede deducirse que no tiene familiaridad ni versación algunas en las disciplinas jurídicas, ni, muchísimo menos, con los hábitos procedimentales y de estilo que permiten identificar, al rompe, al hombre curtido en las arduas lides del derecho.

Por las anteriores razones, la Sala habrá de apartarse del criterio de su colaborador fiscal.

3º El caso sub lite.

A) Están plenamente demostrados en el proceso los siguientes extremos:

1. Que mediante Decreto número 0531 de 5 de septiembre de 1986, el señor Gobernador del Departamento de Risaralda nombró al señor Juan Antonio Ruiz Romero en el cargo de Coordinador de Prensa, grado 13, en la Sección de Información y Prensa del Despacho del Gobernador, en reemplazo del doctor Miguel Alvarez de los Ríos (fl. 1, cuaderno principal).

2. Que el señor Juan Antonio Ruiz Romero tomó posesión del cargo para el cual fue nombrado mediante el Decreto antes reseñado, el día 15 de septiembre de 1986, según acta de posesión cuya fotocopia autenticada obra al folio 2 del expediente. En ese acto, el posesionado presentó varios documentos, entre los cuales no consta que hubiese exhibido la Tarjeta Profesional de Periodista de que tratan los artículos 4º, 5º y 7º de la Ley 51 de 1975 y 5º, 6º, 8º, 9º y 12 del Decreto reglamentario número 733 de 1976.

3. Que mediante Decreto departamental número 271 del 18 de abril de 1985, cuya fotocopia autenticada obra a folios 28 y 29 del

cuaderno principal, se incorporó a la planta de cargos del Despacho del señor Gobernador del Departamento de Risaralda la Sección de Información y Prensa (art. 1º); se reclasificó el cargo de Coordinador de Prensa (art. 2º); se dispuso que el Coordinador de Información y Prensa, además de los requisitos establecidos en otras disposiciones, "deberá acreditar Tarjeta Profesional de Periodista" (art. 3º); y se le señalaron precisas funciones (art. 4º), entre las cuales cabe destacar las siguientes:

"—Preparar y emitir los boletines de prensa, con destino a los medios de comunicación, de todas las actividades desarrolladas por la Administración central y los establecimientos descentralizados de orden Departamental.

"—Preparar y coordinar las ruedas de prensa a celebrar con los distintos medios informativos.

"—Mantener estrecho contacto con los medios de información y asociaciones de periodistas".

B) En cuanto concierne al derecho aplicable, tiénese lo siguiente:

1. La Ley 51 de 1975 "por la cual se reglamenta el ejercicio del periodismo y se dictan otras disposiciones" reconoció como actividad amparada por el Estado, el ejercicio del periodismo en cualquiera de sus formas. Esa regulación legal tiene como miras, entre otras, las de garantizar las libertades de información, de expresión y de asociación sindical, así como el establecimiento de mecanismos que procuren la seguridad del periodista y el progreso en el desempeño de sus labores, como lo enseña el artículo 1º del estatuto en comentario.

Orientada por esas precisas y claras finalidades, la Ley de que se trata creó, mediante su artículo 4º, la Tarjeta Profesional del Periodista como "documento legal que acredite a su tenedor como periodista profesional" y en el artículo 5º confió al Ministerio de Educación Nacional la misión de otorgar, previa inscripción, la mencionada tarjeta a quien demostrare, en la forma y con los medios probatorios prescritos en el artículo 5º, haber llenado alguno de los requisitos indicados en el artículo 3º para poder ejercer la profesión del periodismo en forma permanente. Y para que los propósitos de la ley no se hicieran ilusorios, en el artículo 10 de la misma se consagró la siguiente norma, cuya claridad y contundencia releva a la Sala de mayores comentarios:

"Los medios de comunicación social del sector público, *las agencias gubernamentales* y corporaciones públicas de origen popular, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, cualquiera que sea su denominación, *que establezcan o tengan servicios informativos o de divulgación, sólo podrán emplear a periodistas profesionales en lo que a servicio periodístico se refiere*

"PARAGRAFO. *Será nulo todo nombramiento que se haga contraviniendo lo dispuesto anteriormente*" (Destaca la Sala)

2. Por su parte el Decreto departamental número 0271 del 18 de abril de 1985 dispuso, en su artículo tercero, que "el Coordinador de

Información y Prensa además de los requisitos establecidos en otras disposiciones, *deberá acreditar Tarjeta Profesional de Periodista*" (Subrayas fuera del texto).

3. Si, pues, la Ley 51 de 1975 creó un documento especial para acreditar la calidad de periodista profesional denominado "Tarjeta Profesional del Periodista"; si, de acuerdo con la misma ley, ese documento es requisito indispensable para poder ejercer, en forma permanente, la profesión del periodismo; si las agencias del Gobierno —y la Gobernación del Departamento de Risaralda es una de ellas— que tuvieren establecidos o en el futuro establezcan "servicios informativos o de divulgación", tales como la Sección de Información y Prensa del Despacho del Gobernador del Departamento de Risaralda, sólo pueden emplear para desempeñarlos a periodistas profesionales; si, de conformidad con la reglamentación departamental contenida en el Decreto número 0271 del 18 de abril de 1985 la persona que sea llamada a servir como "Coordinador de Información y Prensa" debe acreditar ser titular de una Tarjeta Profesional de Periodista, y si, finalmente, el señor Juan Antonio Ruiz Romero al tomar posesión del cargo de Coordinador de Información y Prensa, grado 13, del Despacho del Gobernador de Risaralda, para el cual fue nombrado por el acto acusado, no acreditó, como era su deber hacerlo, ser titular de [illegible] conclusión obvia y directa que el nombramiento de que fue objeto se hizo contraviniendo lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 51 de 1975, lo que lo hace nulo de conformidad con el parágrafo del artículo en mención. Como así lo declaró el *a quo*, su sentencia habrá de ser confirmada.

4º Decisión.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Sala Contenciosa Electoral del Consejo de Estado, 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.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente de la Sala; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Gaspar Caballero Sierra, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES. PRESUPUESTO. PRESUPUESTO DE LA CONTRALORIA (Nulidad).

Confírmase la nulidad (decretada por el Tribunal Administrativo del Quindío), del Decreto 571 de 1985 expedido por el Gobernador del mismo Departamento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 516. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Decide el Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Crisóstomo Torres Rueda contra la sentencia de 4 de noviembre de 1986 dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso de la referencia.

Antecedentes:

Ante el Tribunal mencionado demandó José Jesús Laverde Ospina, con apoyo en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la nulidad del Decreto 571 de diciembre 16 de 1985, dictado por el Gobernador del Departamento del Quindío y mediante el cual fue adoptado como presupuesto para la Contraloría Departamental el proyecto presentado a consideración de la Asamblea para la vigencia fiscal de 1986.

Al tiempo de aceptar la demanda, el Tribunal suspendió provisionalmente el acto acusado, en providencia de 25 de abril de 1986 que adquirió firmeza no obstante el recurso de apelación interpuesto contra ella, en razón de no estar legitimada en la causa la Contraloría del Quindío, entidad que formuló la apelación. Surtido el trámite de rigor, el *a quo* dictó la sentencia que ahora es materia de examen por parte del Consejo de Estado, fallo que en su parte resolutiva dispuso la nulidad del acto acusado.

Consideraciones:

La demanda señala como violados los artículos 4º, 22, 31, 32, 35 y 53 del Decreto 2407 de 1981, por el cual se expiden normas sobre elaboración, presentación y ejecución de los presupuestos departamentales. De igual manera, considera infringidas varias disposiciones

del Código Fiscal del Depar... acto administrativo del orden ... en aplicación del artículo ... deberá considerarse cualquier ... normas invocadas y presuntamente contenidas en el ... departamental.

De las diferentes disposiciones que la demanda indica como transgredidas por el Decreto acusado, vale la pena destacar el artículo 32 del Decreto 2407 de 1981, que dice así: "Presupuesto de la Contraloría. El presupuesto de la Contraloría Departamental forma parte integral del presupuesto del Departamento; en consecuencia, el Contralor ... presentará el correspondiente anteproyecto a consideración de la Secretaría de Hacienda para su inclusión en el proyecto de presupuesto del Departamento, debidamente detallado de acuerdo con las disposiciones previstas en el presente Decreto". Y agrega el inciso segundo de la misma disposición: "El gobernador podrá objetarlo cuando ... el porcentaje que fije la respectiva Asamblea con sujeción a la ley".

La lectura del primer considerando del Decreto departamental materia de la acusación sirve para indicar con toda claridad que el texto legal aquí invocado fue abiertamente desconocido por los funcionarios del Departamento del Quindío al tiempo de elaborar el presupuesto. En efecto, allí se afirma: "Que en ejercicio de la facultad consagrada en el ordinal 1a de la Ordenanza número 22 de noviembre 20 de 1981, el Contralor General del Departamento, presentó a consideración de la honorable Asamblea, en tiempo oportuno, el proyecto de ordenanza de presupuesto para la Contraloría General del Departamento". Tal proyecto de ordenanza fue presentado, según se desprende del Oficio número 2144 suscrito por el Secretario General de la Contraloría, el 3 de octubre de 1985 (cuaderno número 2, fl. 8).

Como por parte alguna del expediente aparece el texto de la ordenanza que se invoca como fundamento del Decreto acusado, o una copia debidamente aportada al proceso, ninguna consideración podrá hacerse alrededor de la misma que, por otra parte, así hubiera sido legalmente traída a los autos, no podría confrontar válidamente lo dispuesto por el Decreto nacional cuyas disposiciones encuentran su fuente directa en la atribución conferida para dictarlo en el artículo 8º del Decreto-ley 294 de 1973 que constituye el estatuto orgánico del presupuesto nacional.

Tiene por ello razón sobrada el Tribunal de primera instancia cuando afirma: "En parte alguna del Decreto nacional mencionado (2407 de 1981) se autoriza a los Contralores departamentales para presentar proyectos de ... a las Contralorías, separados o independientes del presu... consideración de las Asamblea... y aprobación y menos se autoriza ... que mediante decreto ... Contraloría departamental, ... lo haga el Contralor (art. 5º); y ... en lo dispuesto en el artículo 20 ... funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que ... (sentencia, fl. 8).

De manera que resulta contrario a las normas de superior jerarquía el acto acusado, por un doble motivo: En primer lugar porque, según se vio, el presupuesto de la Contraloría departamental necesariamente ha de hacer parte del presupuesto general del Departamento; y en segundo, porque es prohibido al Gobernador fragmentar dicho presupuesto para expedir, como lo hizo, uno para la sola Contraloría.

Así las cosas, y siendo el Decreto 571 de 1985 dictado por el Gobernador del Quindío ilegal en su totalidad por violar el artículo 32 del Decreto reglamentario 2407 de 1981, resulta inútil el examen de las otras normas que la demanda consideró violadas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 4 de noviembre de 1986 por medio de la cual fue declarada la nulidad del Decreto número 571 de 1985 (diciembre 16) expedido por el Gobernador del mismo Departamento.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. FACULTAD IMPOSITIVA. (Nulidad). Carecen de autonomía IMPOSITIVA y las que poseen son derivadas de la voluntad del legislador. CONTRIBUCION DE VALORIZACION. ESTATUTO GENERAL. Fijado por el legislador. COMPETENCIA RESTRINGIDA DE LAS ASAMBLEAS. ESTATUTO DEPARTAMENTAL DE CUNDINAMARCA. Las asambleas departamentales en materia de contribución de valorización se deben limitar a lo que el Decreto-ley 1604 de 1966 les atribuyó.

Declárase la nulidad de la parte final del artículo 31 del Decreto 3546 de 1984 (octubre 31), expedido por el Gobernador de Cundinamarca (con facultades otorgadas por la asamblea), que dice "equivalente al interés bancario por mora".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1178. Actor: Ignacio Escobar Uribe. Asuntos Departamentales. Fallo.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de diciembre 5 de 1985, negó las pretensiones de la demanda instaurada por el doctor Ignacio Escobar Uribe, en ejercicio de la acción pública de nulidad, contra los artículos 17, 19, 29, 31, 47, 21, 27 numerales 2 a 8, 29, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 74 y 75 del Decreto 3546 del 9 de octubre de 1984, expedido por el Gobernador de Cundinamarca. Se decide la apelación interpuesta por el actor contra la citada providencia.

La demanda:

Pidió el demandante declarar nulas las disposiciones acusadas, [illegible] de la Ley 25 de 1973, expedida por la Honorable Asamblea de Cundinamarca, el Decreto legislativo 1604 de 1966 y el reglamentario 1394 de 1970 y el Decreto extraordinario 3146 de 1980.

De manera general se plantea en el libelo el quebrantamiento de las disposiciones acusadas de las que se deriva el Decreto legislativo 1604 de 1966 y su reglamentario 1394 de 1970 a la forma de hacer la distribución y reparto de la contribución de valorización, de conformidad con el artículo 17 de la Carta, sin cuya vigencia incluso el demandante.

Como normas que infringen al Decreto 1604 de 1966, acusó el demandante los artículos 31, 24 y 30 del Decreto 3546 de 1981, por los conceptos que más adelante se analizarán.

La impugnación de todos los artículos demandados radica en la violación de disposiciones del Decreto reglamentario 1394 de 1970, excepto el artículo 38 del Decreto 3546 de 1981, cuya ilegalidad encuentra el actor frente a los artículos 13 y 19 del Decreto extraordinario 2733 de 1959.

La sentencia:

Para negar las pretensiones de la demanda el Tribunal partió de los siguientes considerandos:

1º Las asambleas departamentales pueden establecer, distribuir y recaudar la contribución de valorización por obras de interés público que ejecuten los departamentos, sin sujeción al Decreto 1604 de 1966, salvo en lo que el mismo estatuto extiende expresamente al ordenamiento departamental, según lo dispuesto en su artículo 2º inciso 3º y de conformidad con los artículos 43 y 191 de la Constitución Nacional y 237 del Código de Régimen Político y Municipal.

Concluye el Tribunal que las asambleas no tienen más limitaciones en esta materia, que las contenidas en los artículos 9º, 11 inciso 2º, 14, 15 y 16 del Decreto legislativo 1604 de 1966, previo análisis pormenorizado de las normas en cita y de los antecedentes legislativos de la contribución de valorización, partiendo de la Ley 25 de 1921, que estableció el tributo denominándolo como un impuesto directo sobre las propiedades raíces beneficiarias de la ejecución de obras de interés local, hasta la expedición del referido decreto, que hizo extensivo el gravamen a todas las obras de interés público que ejecuten la Nación, los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios o cualquiera otra entidad de derecho público, bajo la denominación exclusiva de contribución de valorización.

2º El Decreto 1384 de 1970, sólo tiene aplicación tratándose de contribuciones por obras que realicen la Nación o sus entidades descentralizadas del mismo nivel, como se desprende de sus considerandos y de su mismo articulado, del cual sólo el 91 se refirió a las asambleas departamentales para expresar que el cobro deberá efectuarse de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 1604 de 1966.

3º Si bien es cierto que la Ordenanza número 7ª de 1968 en su artículo 1º ordenó que la contribución de valorización se distribuyera y recaudara con observancia de lo dispuesto en los Decretos 1604 de 1966 y 1804 del mismo año, entonces reglamentario de aquel, posteriormente sustituido por el 1394 de 1970, la Ordenanza 57 de 1972 otorgó facultades extraordinarias al gobernador para modificar aquella y con base en ellas se expidió el Decreto 2141 de 1973, que le introdujo cambios. Más tarde la Ordenanza 10 de 1981 facultó al gobernador para reformar las disposiciones vigentes sobre contribución de valorización y para dictar los estatutos departamentales sobre liquidación, distribución, zonas de aplicación y obras y servicios que cause dicha distribución y en general todo lo relacionado con el estatuto

de la contribución de valorización". [illegible] artículo 1º de la Ordenanza [illegible] reglamentos de carácter nacional la distribución y recaudo de las contribución en el departamento.

Por lo tanto, ninguna de las disposiciones acusadas pudo violar el artículo 1º de la Ordenanza [illegible] ni las disposiciones del Decreto reglamentario 1584 de 1970. Consecuentemente, la decisión del Tribunal se contrae al pronunciamiento sobre la violación de normas de carácter legal invocadas en la demanda, así:

a) Artículo 31 del Decreto 3546 de 1981, acusado por infringir el artículo 11 del Decreto 1604 de 1966, en cuanto establece un interés de mora diferente al previsto en éste.

Al respecto dijo el Tribunal:

> "Si bien en principio pudiera aparecer que el artículo 11 del Decreto 1604 de 1966, resulta violado por el artículo 31, del Decreto 3546 de 1981, parágrafo final, para la Sala tal violación no aparece manifiesta por cuanto no se ha aportado por el demandante la prueba que permita establecer que el interés bancario mensual, a que alude el artículo 31 no concuerde con las tasas de interés señaladas en la norma superior, invocada como transgredida. En consecuencia, no prospera el cargo".

b) Artículo 24 del Decreto 3546 de 1981. Se demandó por infringir el artículo 3º del Decreto legislativo 1604 de 1966, en razón de que, la norma de carácter superior ordena que en la cuantía de la contribución de valorización a distribuirse debe tenerse en cuenta, además del costo, el beneficio que cada obra produzca a los inmuebles y la capacidad de pago de los propietarios, de donde se deriva que, en determinados casos se distribuya en beneficiarios por una parte o porcentaje del costo de la obra. La disposición acusada establece que la cuantía por distribuir se fije teniendo en cuenta únicamente la totalidad de las inversiones, olvidando el presunto o real beneficio sobre los inmuebles y de la capacidad de pago de los propietarios.

Se niega el cargo con el argumento de que, a pesar de que el artículo atacado no contempla el beneficio ni la capacidad de pago, tales factores están previstos en otras normas del decreto, los artículos 17, 23, 24, 33, 82 y 86.

c) Artículo 30 del Decreto 3546 de 1981. Argumenta el actor que desconoce el Decreto legislativo 1604 de 1966, al establecer un porcentaje no previsto en él, del 10% anual sobre saldos como costo de financiación, que no está previsto en las normas legales que regulan los aspectos sustanciales de la contribución.

Negó el cargo la sentencia [illegible] que dentro del artículo del decreto legislativo [illegible] consecuentemente no se encuentra [illegible].

d) Artículo 33 del Decreto [illegible] como transgresor de los artículos [illegible] 2733 de 1959, en razón de haber [illegible] providencia que determina el monto [illegible]. Negó el demandante que

el artículo 19 del Decreto 2733 estatuye que en los asuntos departamentales y municipales se aplica el mismo procedimiento gubernativo, salvo cuando las ordenanzas establezcan regias especiales en asuntos que sean de la competencia legislativa de las asambleas, de donde infiere que sólo los actos de estas —no los decretos del gobernador— pueden establecer reglas especiales de procedimiento gubernativo.

No acepta el Tribunal el planteamiento del actor, habida cuenta de las autorizaciones especiales otorgadas por la Ordenanza 10 de 1981 al gobernador y de la expresa autorización a los departamentos para establecer los recursos gubernativos, consagrada por el artículo 15 del Decreto 1604 de 1966.

La apelación:

El recurrente insiste en sus planteamientos, particularmente en la sujeción de las asambleas al reglamento nacional contenido en el Decreto 1394 de 1970 y en la vigencia del artículo 1º de la Ordenanza 7ª de 1968, frente a la números 57 de 1972 y 10 de 1981.

En tal sentido critica el fallo del Tribunal e insiste en que la facultad que le otorgó a las asambleas departamentales el artículo 91 del Decreto reglamentario 1394 de 1970 se refiere no sólo al "cobro" en el sentido de recaudo como etapa final, sino a las etapas previas de determinación que deben sujetarse a los términos del Decreto 1604 de 1966 y además, según el apelante a las del propio Decreto 1394 de 1970.

En resumen estima que el marco legal dentro del cual podían moverse la Asamblea y el Gobernador de Cundinamarca está formado por: los artículos 43 y 191 de la Constitución; el artículo 237 del Código de Régimen Político y Municipal; el Decreto 1604 de 1966 y su reglamentario 1394 de 1970, el Decreto 1735 de 1964 y la Ordenanza 7ª de 1968, en cuya vigencia, en especial de su artículo 1º insiste frente a las Ordenanzas 57 de 1972 y 10 de 1981.

El concepto del Ministerio Público:

La señora Fiscal Sexta de esta Corporación en fundamentado concepto de fondo, manifiesta su acuerdo con la limitación del fallo a los cargos de la demanda referidos a la transgresión de normas de carácter legal, con la aclaración de cualquier duda sobre la obligatoriedad del Decreto legislativo 1604 de 1966, estatuto básico de la contribución en los órdenes nacional, departamental y municipal.

Para la Fiscalía resulta evidente la contradicción entre el artículo 31 del Decreto 3546 de 1981 y el artículo 11 del Decreto 1604 de 1966, porque aquel establece tasas de interés moratorio de uno y medio por ciento mensual durante el primer año y del dos y medio por ciento mensual de ahí en adelante y éste impone el interés bancario mensual por mora, el cual es variable mientras aquel es inmodificable.

Igualmente considera evidente la contradicción que surge entre el artículo 24 del Decreto 3546 de 1981 y el inciso 1º del artículo 9º del Decreto 1604 de 1966.

Respecto del artículo 30 del Decreto 3546 de 1981, acusado por ordenar que se agregue a cada contribución un 10% anual sobre saldos como costo de financiación, en el período de amortización de las contribuciones, la agencia fiscal considera que no vulnera el Decreto 1604 de 1966, porque no altera la base impositiva ni el monto individual del gravamen, sino que atañe al recaudo y tiene sustento jurídico en los artículos 2º del Decreto 1604 de 1966 y 91 del Decreto reglamentario 1394 de 1970, según los cuales corresponde a las asambleas reglamentar el cobro de la contribución por obras que ejecute el respectivo departamento.

Finalmente, el Ministerio Público comparte los argumentos de la sentencia sobre legalidad del artículo 38 del Decreto 3546 de 1981.

Consideraciones:

No es necesario repetir algunos conceptos fundamentales en los cuales hay acuerdo entre todos los intervinientes en este proceso, tales como el de que las Asambleas departamentales carecen de autonomía impositiva pues las facultades que poseen son derivadas o dependientes de la voluntad del legislador.

Esta misma Sección Cuarta ha tenido oportunidad de reiterar estos conceptos que fueron debatidos en forma amplia con motivo del fallo de Sala Plena del 24 de agosto de 1983 (Expediente Nº 1972S, ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada, *Anales* de 1983, Volumen I, pág. 645).

En torno al debate que sobre algunos aspectos de las limitaciones que en el caso *sub judice* haya tenido el Gobernador de Cundinamarca originado en la interpretación de los alcances de alguna parte del Decreto reglamentario 1394 de 1970 y de la Ordenanza 7ª de 1938, la Sala considera atinadas las declaraciones que precisó la Fiscal Sexta en su concepto de fondo, así:

> "El Decreto con fuerza de Ley 1604 de 1966 fue expedido como estatuto básico de la *contribución de valorización* y es obligatorio tanto en el orden nacional como en el departamental y en el municipal. Este Decreto establece los principios generales de la contribución y su estructura jurídica de conformidad con el nuevo criterio que la distinguió de los impuestos, y tales principios y estructura deben ser tenidos en cuenta en los reglamentos que para regular lo relativo al cobro de la contribución, expidan las entidades que tienen competencia para ello.
>
> "El Decreto 1394 de 1970 es reglamentario del 1604 de 1966 y por ello podría pensarse que también es de estricta aplicación para los departamentos y municipios. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el Decreto 1604 de 1966 se incluyeron normas que crearon los organismos que atenderían la organización, distribución, recaudo, manejo e inversión de la contribución de valorización por obras nacionales y se les asignaron funciones; estas reglas fueron modificadas más tarde por el Decreto 3160 de 1968 y como es obvio, sólo son aplicables en el orden nacional.

"Analizado el Decreto 1394 de 1970, es fácil concluir que reglamentó los Decretos 1604 de 1966 y 3160 de 1968, en cuanto regularon la contribución para el orden nacional, toda vez que así se dijo en su parte considerativa y puede verificarse recorriendo su articulado.

"En efecto, el decreto se dictó, considerando que el 1604 de 1966 había establecido el estatuto orgánico para la contribución de valorización por las obras nacionales, que el Decreto 3160 de 1968 había modificado sus disposiciones, y que se hacía necesario modificar el Decreto 1804 de 1966 (reglamentario anterior) para acomodarlo a las nuevas disposiciones del 3160 de 1968 'reglamentando al mismo tiempo los artículos citados de dicho decreto, referentes a la contribución de valorización para obras nacionales'.

"Por otra parte, a excepción del capítulo X 'Disposiciones varias. Ejecución de obra. Requisitos para que los municipios puedan exigir contribución de valorización por obras nacionales. Su destinación. Autonomía de las demás entidades públicas'. Las demás disposiciones del decreto se refieren siempre a la organización, distribución, recaudo, manejo e inversión de la contribución de valorización por obras nacionales.

"En este orden de ideas, concluimos que salvo el capítulo X, que sí es aplicable en todos los órdenes, el Decreto 1394 de 1970 no rige la contribución en los órdenes departamental y municipal y que, si rigió en el departamento de Cundinamarca, fue transitoriamente por haber subrogado el Decreto 1804 de 1966, al cual se refirió el artículo 1º de la Ordenanza 7ª de 1968 al disponer que la contribución se distribuiría y recaudaría de conformidad con los Decretos 1604 y 1804 de 1966, expedidos por el Gobierno Nacional. Pero habiendo otorgado el artículo 4º de la Ordenanza 10 de 1981, facultades al Gobernador de Cundinamarca para 'reformar las disposiciones vigentes sobre contribuciones de valorización y para dictar los estatutos departamentales sobre liquidación, distribución y obras y servicios que cause dicha distribución y en general todo lo relacionado con el Estatuto de Contribución de Valorización', es evidente para la Fiscalía que el Gobernador fue investido de las atribuciones que le corresponden a la Asamblea para expedir dicho estatuto, modificando la Ordenanza 7ª de 1968 y sin sujeción a las normas que no son obligatorias para los departamentos, como no lo es, en nuestra opinión el Decreto 1394 de 1970 (excepto, repetimos, el capítulo X)".

Las anteriores consideraciones generales sirven para precisar el marco de aplicación de las normas de carácter superior que en gran parte coincide con el propuesto por el actor, salvo en su insistente adopción de todo el Decreto reglamentario 1394 de 1970 tema sobre el cual la Sala comparte, como ya se dijo, las razones expuestas por su colaboradora Fiscal Sexta.

Corresponde al legislador fijar los aspectos fundamentales de la autorización para construir obras por el sistema de valorización y establecer los elementos básicos de la obligación, tal como lo ha hecho en el Decreto 1604 de 1966, estatuto que dejó a salvo la competencia

de las Asambleas Departamentales para regular lo relativo a la estructura administrativa adecuada en sus distintas etapas, como la creación de los órganos, el señalamiento de sus funciones y la adopción de procedimientos. Si esta materia también fuera de total competencia del legislador, carecerían aquellas de la relativa autonomía precisamente en aspectos que responden al propósito constitucional de la "descentralización administrativa".

Del Decreto reglamentario 1394 de 1970 sólo es aplicable a los Departamentos el artículo 91, que dice:

> "Corresponde a las Asambleas departamentales reglamentar el cobro de la contribución de valorización de las obras de interés público que ejecute el respectivo departamento, de acuerdo con los términos del Decreto legislativo número 1604 de 1966".

Por otra parte debe anotarse que la referencia que hizo la Ordenanza número 7 de 1968 al Decreto 1804 de 1966 en ese momento reglamentario del 1604 de 1966, no puede suponerse como vigente o reemplazado con referencia al 1394 de 1970 en lo dispuesto por la Ordenanza 10 de 1981 que revistió al Gobernador de "precisas facultades para reorganizar la Administración" y dentro de ellas las específicas para reformar las disposiciones vigentes y en general todo lo relacionado con el Estatuto de Contribución de Valorización que le otorgó el artículo 4º.

Por las anteriores consideraciones generales, se entra a examinar en particular como lo hizo el *a quo*, las normas que el actor señaló como violatorias de los decretos con fuerza de Ley 1604 de 1966 y 2733 de 1959 y a las cuales se concreta el examen de legalidad por la forma como fue planteada la demanda, a saber:

"*Artículo 31.* Sanciona la mora en 3 cuotas sucesivas con la pérdida del beneficio de plazo y además, "como consecuencia la contribución se recargará con un interés por retardo equivalente al interés bancario mensual por mora".

El Tribunal no accedió a la súplica de la demanda por considerar no probado que este interés es diferente al de 1½% por el primer año y 2% en adelante que consagra el artículo 11 del Decreto 1604 de 1966, norma esta que se consideró violada.

No era necesaria probanza alguna cuando la simple comparación de las dos tasas de interés fijadas indican diferencias que reflejan la contradicción entre la norma legal de carácter superior y el decreto del Gobernador. Como lo observa la señora Fiscal, "el interés bancario es por esencia un interés variable mientras que el interés dispuesto por el Decreto 1604 de 1966 es inmodificable y como ya vimos esta disposición del Decreto rige no sólo para el orden nacional sino para los departamentos y municipios".

Con base en estas consideraciones, la Sala procederá a anular la parte del artículo que consagra el citado interés, en el entendido de que queda sustituido y por ende regulado el fenómeno de la mora por el interés señalado en la ley, o sea, el del "uno y medio por ciento

(1½%) mensual durante el primer año y del dos por ciento (2%) mensual de ahí en adelante" según lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto legislativo 1604 de 1966.

Artículo 24. Decreto 3546 de 1981.

Establece que la cuantía que ha de distribuirse como contribución "se fijará teniendo en cuenta la totalidad de las inversiones en cada una de las obras vistas", más un porcentaje para gastos de administración del recaudo de cuotas.

El demandante centra la acusación en el olvido u omisión del factor "beneficio" que se produzca a los inmuebles y la capacidad de pago de los propietarios.

El Tribunal consideró incluido el elemento del beneficio en otros artículos del mismo Decreto 3546 de 1981 como los artículos 17, 23, 33, 82 y 86, y en cuanto al factor de capacidad de pago lo consideró de aplicación restrictiva a los entes del orden nacional por corresponder a una orden del Decreto 1604 de 1966 al Consejo Nacional de Valorización, no extensiva a los entes seccionales.

La primera parte del artículo 9º del Decreto-ley 1604 de 1966, dispone:

> "Para liquidar la contribución de valorización se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que la obra requiera, adicionadas con un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un treinta por ciento (30%) más, destinado a gastos de distribución y recaudación de la contribución..."

Y sobre el mismo tema, el acusado artículo 24 del Decreto 3546 de 1981 del Gobernador, dice:

> "La cuantía que haya de distribuirse, como contribución de valorización para cada obra dentro de los predios ubicados en su zona de influencia se fijará teniendo en cuenta la totalidad de las inversiones en cada una de las obras vistas, más un 20% a un 30% por gastos de administración en la distribución y recaudación de las contribuciones".

Esta norma debe interpretarse en forma armónica con otros artículos del mismo Decreto que hacen clara referencia al factor "beneficio" como elemento integrante de la contribución, tales como el 14 que define la contribución de valorización como "un gravamen real que deben pagar todos los inmuebles que se beneficien con la ejecución de obras públicas de interés social que ejecute el Departamento"; con el artículo 15 que la hace depender de la existencia real del predio en la zona de influencia y no en la designación de los propietarios beneficiados; con el 17 que presume la existencia de beneficio de todo predio situado en la zona de influencia y el 82 sobre predios que reciben el beneficio.

El examen del artículo 24 permite afirmar que la fijación de la cuantía distribuible partiendo de la totalidad de las inversiones de cada obra, adicionada con el porcentaje para gastos de recaudo, está

en consonancia con la ley, y el hecho de no haber mencionado expresamente el factor "beneficio" en manera alguna significa que pueda omitirse ese factor sustancial en el proceso de liquidación, como claramente se deduce de los mencionados artículos.

Esta falta, no es razón suficiente para anular el resto de la disposición que está en consonancia con la ley.

La Sala está de acuerdo con el actor en que el factor o elemento del "beneficio", que al decir de la Corte constituye su causa eficiente, no puede desconocerse en los actos de liquidación más aún cuando el mismo Decreto lo reconoce en los artículos mencionados.

Por ello se aclara que en el momento de fijar la distribución de valorización según el artículo 24, debe tenerse en cuenta el factor beneficio en los términos que preceptúa el artículo 9º del Decreto 1604 de 1966, o sea, *"dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados"*.

Con esta aclaración el artículo 24 no será anulado en razón de la interpretación de integración con la norma de carácter superior.

En cuanto a la "capacidad de pago", se comparte lo resuelto por el Tribunal.

Artículo 30. Decreto 3546 de 1981.

Esta norma establece que al costo de cada obra se agregará como valor de financiación un 10% anual sobre saldos, en el período de amortización de las contribuciones.

Ciertamente, como lo expuso el Tribunal, no hay norma específica del Decreto legislativo que haya sido transgredida, razón suficiente para confirmar tal actuación.

Adicionalmente se observa que por no ser un recargo a la contribución misma, en cuanto a su base impositiva, sino a una manera de compensar la posibilidad de pagarla a plazos, corresponde esta materia a aquellas para las cuales las Asamblas están autorizadas por el Decreto 1604 de 1966 y 91 del Decreto 1394 de 1970 (Capítulo X), como lo es el reglamento del cobro de la contribución.

No prospera el cargo.

Artículo 38. Decreto 3546 de 1981.

Que la eliminación del recurso de apelación constituye un quebrantamiento del Decreto 2733 de 1959 que consagró los recursos gubernativos de reposición y apelación como norma general, constituye el principal fundamento de la acusación contra este artículo.

En primer lugar se anota que el artículo 15 del Decreto 1604 de 1966 autorizó a los departamentos para establecer los recursos administrativos sobre contribuciones de valorización en la vía gubernativa y señalar el procedimiento para su ejercicio.

En el caso *sub júdice* el Gobernador obró en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por la Asamblea departamental, de tal manera que sus disposiciones tienen igual fuerza que las expedidas por aquella.

Además, la supresión del recurso de apelación quedaba justificada en razón de que el Fondo Rotatorio fue creado por el Decreto 3546 de 1981 como un establecimiento público adscrito a la Secretaría de Obras Públicas que es dependencia directa del Gobernador, quien además preside su Junta Directiva.

En consecuencia, el artículo acusado no está en contra sino de acuerdo al artículo 19 del Decreto 2733 de 1959 (hoy modificado por el 01 de 1984).

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

Falla:

1º Revócase la sentencia apelada.

2º Es *nula* la parte final del artículo 31 del mencionado Decreto 3546 de 1981 (octubre 9), que dice "equivalente al interés bancario mensual por mora".

3º No se accede a declarar la nulidad del artículo 24 del Decreto 3546 de 1981 (octubre 9) expedido por el Gobernador de Cundinamarca, en razón de la integración con el artículo 9º del Decreto legislativo 1604 de 1966 dada en la interpretación consignada en la parte motiva de esta providencia.

4º No se accede a decretar la nulidad de las demás normas acusadas del Decreto 3546 de 1981 (octubre 9), expedido por el Gobernador de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

(La presente providencia fue discutida y aprobada en la 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.

GOBERNADORES. FACULTADES OTORGADAS POR LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES (Nulidad).

Deben ser precisas y por un tiempo determinado (art. 187, numeral 10 de la C. N.).

Decrétase la nulidad del parágrafo del artículo 1º del Decreto 163 de 10 de marzo de 1984, proferido por el Gobernador del Departamento del Huila.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 122. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo y otro.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 20 de abril de 1985, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila denegó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad del Decreto número 163 del 10 de marzo de 1984, proferido por el Gobernador de ese Departamento.

Hechos:

Con fundamento en el artículo 187, numeral 10 de la Carta, la Asamblea Departamental del Huila, por medio de la Ordenanza número 015 del 17 de noviembre de 1983, confirió facultades extraordinarias al Gobernador del Departamento, para que en el término de 120 días procediera a reestructurar la Secretaría de Educación Departamental. En tal virtud, la Gobernación profirió el Decreto 163 de 1984, cuya disposición acusada, que corresponde al parágrafo del artículo 1º, dice lo siguiente:

> "Los Municipios sedes de los Distritos podrán ser modificados por el Gobernador de acuerdo a las necesidades y conveniencias locativas u operativas de que disponga".

La demanda:

Estima que el Gobernador, a través de la disposición anterior, "desbordó el límite de las atribuciones conferidas por la Asamblea, pues se facultó así mismo para continuar modificando indefinida-

mente la estructura de la administración departamental". Y agrega, con fundamento en el ordinal 5º del artículo 187 de la Carta, lo siguiente:

> "En el remoto evento de que por conveniencias locativas u operativas, fuese necesario cambiar las sedes de los Distritos Educativos, es a la Asamblea Departamental a quien corresponde, por iniciativa del Gobernador, determinar tales cambios en la estructura de la Administración Departamental".

También considera la demanda que la disposición acusada es violatoria del Estatuto Docente o Decreto-ley 2277 de 1979 y de su Decreto reglamentario (180 del 22 de enero de 1982), los cuales, al regular lo concerniente al traslado de los educadores y directivos docentes, asignan dicha atribución a la "autoridad nominadora".

Sentencia del Tribunal:

El *a quo*, como se dijo inicialmente, denegó las pretensiones de la demanda. Y lo hizo así, por cuanto consideró que el Gobernador, a través del Decreto demandado, dio cabal cumplimiento a la ordenanza de autorizaciones, la cual dice en su artículo 3º que "en virtud de la facultad expresada en el artículo primero de esta ordenanza, el Gobernador del Departamento podrá determinar la estructura interna, establecer las funciones a nivel de dependencia y *expedir las normas que considere pertinentes*" (Subrayas de la cita). Dice la sentencia del Tribunal:

> "De conformidad con el artículo 187, numeral 5º de la Constitución Nacional, le corresponde a la Asamblea determinar a iniciativa del Gobernador, las estructuras de la Administración Departamental, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo y según el numeral 10 del mismo artículo, puede la Asamblea autorizar al Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, *pro témpore*, precisas funciones de las que le correspondan.
>
> "Al respecto tenemos que decir, en primer término que la facultad de la Asamblea para determinar la estructura de la Administración, emana de la Constitución Nacional de manera tal que prevalece sobre cualquiera otra consideración en este sentido, hasta el punto de que como ocurre en el caso de autos podía la Asamblea Departamental y a su vez ésta ejercer las facultades conferidas con el fin de reestructurar la Secretaría de Educación, pues por tener esta función original en la Constitución Nacional prima sobre la que le dé a la Junta Administradora del 'FER' el Decreto 181 de 1982.
>
> "La acción de nulidad la circunscribe el actor al parágrafo del artículo primero, según el cual 'los municipios sede de los distritos podían ser modificados por el Gobernador de acuerdo a las necesidades y conveniencias locativas u operativas de que disponga'.

"Los demandantes objetan la norma concretamente porque consideran que a través de ella el Gobernador se faculta así mismo para continuar modificando indefinidamente la estructura de la Administración Departamental y que el traslado de la sede de los Distritos Educativos de un municipio a otro implica una modificación sustancial en la estructura de la Secretaría de Educación, a tiempo que implica la facultad de trasladar discrecionalmente a los Directivos Docentes de los Distritos Educativos, a un municipio diferente de aquél en que tienen fijado su domicilio.

"Frente a estas operaciones hay que tener en cuenta que la facultad que en virtud de la norma acusada tiene el Gobernador para modificar la sede de los Distritos Educativos, no viola disposiciones legales alguna al parecer de la Sala, pues hay que entenderla como parte de la reestructuración establecida en cumplimiento de la ordenanza de autorizaciones, la que en su artículo tercero dice que 'en virtud de la facultad expresada en el artículo primero de esta ordenanza, el Gobernador del Departamento podrá determinar la estructura interna, establecer las funciones a nivel de dependencia *y expedir las normas que considere pertinentes*' (El subrayado es nuestro).

"Ahora si tenemos en cuenta que es a la Asamblea y en este caso por delegación al Gobernador le corresponde estructurar la Secretaría en cumplimiento de sus función (sic) constitucional de reglamentar el servicio público de la educación en el Departamento, llegamos a explicarnos porqué el Ejecutivo ha sentado las bases para modificar las sedes de acuerdo a las necesidades y conveniencias locativas u operativas de que disponga; necesidades y conveniencias que él, como órgano ejecutor de la política educativa está llamado a evaluar, sopesar y determinar.

"Por lo demás, estima la Sala que la posible modificación en las sedes de los Distritos no implica necesariamente el traslado inconveniente o inusitado de los docentes.

"Los Distritos Educativos han sido creados para organizar y reglamentar la función de los supervisores de educación a cuyo cargo está la Administración Educativa en el Departamento.

"Es entonces de la esencia de las funciones de supervisión que los supervisores se trasladen a uno u otro municipio en su labor de asesorar a los directivos y al personal docente en lo que se relaciona con la Administración, planteamiento, adecuación curricular, metodología del aprendizaje, etc.; traslado que no se realiza propiamente a la sede sino a los establecimientos situados en los diversos municipios que constituyen el respectivo Distrito.

"Una visita de supervisores por ejemplo, no implica el traslado de los docentes sino el desplazamiento del supervisor al lugar de su trabajo, al sitio donde se encuentra radicado el docente".

Concepto fiscal:

Solicita se acceda a decretar la nulidad del parágrafo del artículo 1º del Decreto acusado, por ser violatorio de la Ordenanza 015 de 1983, de la Asamblea Departamental del Huila, pues, considera que "si bien es cierto que la Asamblea le confirió facultades al señor Gobernador para reestructurar la Secretaría de Educación, no lo es menos que le fijó un plazo cierto y determinado de ciento veinte días para las reformas que considerara pertinentes y necesarias. Y ese plazo ya venció hace tiempo. Así, pues, al pretender el señor Gobernador, posteriormente modificar los Municipios sedes de los Distritos, está autodecretándose un plazo indeterminado, que no se ajusta a las facultades conferidas".

Consideraciones de la Sala:

El actor sostiene que mediante el acto acusado, el Gobernador "se autofaculta para continuar indefinidamente ejerciendo dicha prerrogativa, lo cual riñe ostensiblemente con el espíritu de la norma contenida en el artículo 187, numeral 10 de la Constitución Política, en el sentido de que las facultades extraordinarias deben ser precisas y por un tiempo determinado".

La Sala observa que la Asamblea Departamental del Huila confirió facultades extraordinarias al Gobernador, para ejercer, *pro témpore*, precisas funciones de las que a tal organismo corresponden. Y lo hizo así con base en las atribuciones que le otorga, para tales fines, el artículo 187, numeral 10 de la Constitución Nacional.

El Gobernador del Departamento, en uso de esas facultades extraordinarias, concedidas por la aludida Ordenanza 015 de 1983, profirió el Decreto 163 de 1984, el cual, contiene el parágrafo del artículo 1º, que le atribuye permanente e indefinidamente al Jefe de dicha Administración Seccional la facultad de poder modificar o cambiar en los Municipios sedes de los Distritos Educativos. Esto significa que el citado parágrafo o acto acusado, proferido en tales condiciones rebasó la facultad *pro témpore* que le confirió la ordenanza supracitada de la Asamblea del Departamento, sin que por consiguiente, pueda quedar duda de la ilegalidad del acto al haberse excedido de los términos de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas. No puede el Gobernador so pretexto de sus excepcionales atribuciones, dejar en pie una delegación de la Asamblea por tiempo indefinido, cuando conforme al precepto constitucional deben ser precisas y por un tiempo, en este caso 120 días, durante los cuales podía "reestructurar la Secretaría de Educación" pero nada más, transgrediendo así dicho ordenamiento superior.

Del mismo modo no tendría sentido que de un lado y en virtud de la Ordenanza 015 el Gobernador procediera a reorganizar el Departamento del Huila en materia de educación en seis zonas geográficas o Distritos y establecer los lugares sedes, y, de otro lado, en la norma objeto de enjuiciamiento (parágrafo del art. 1º) autodelegarse *ad infinitum* la facultad de cambiar tales sedes.

Si es que en el futuro se quieren cambiar dichas sedes, ello lo podría hacer nuevamente el Gobernador en virtud de facultades extraordinarias en los términos del artículo 187, numeral 10 de la Carta, o directamente la misma Asamblea por iniciativa de aquel funcionario conforme al artículo 187, numeral 5 *ibídem*.

En virtud de la prosperidad del cargo anterior sobra considerar los otros cargos en la demanda relacionados con el Estatuto Docente, Decreto-ley 2277 de 1979 y su Decreto reglamentario 180 de 22 de enero de 1982 y el artículo 4º del Decreto-ley 102 de 1976 y su Decreto reglamentario.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

1º *Revocar* la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila el 20 de abril de 1985, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

2º *Decretar la nulidad* del parágrafo del artículo 1º del Decreto 163 del 10 de marzo de 1984, proferido por el Gobernador del Departamento del Huila.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, No asistió; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Vilaquirán, Secretario.

CAPITULO II

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES: ACTO DE INTEGRACION DE LA JUNTA QUE CONCEDE LA DISTRIBUCION Y VENTA DE LICORES.

LA ADJUDICACION DEL CONTRATO CORRESPONDE AL JEFE DEL ORGANISMO, GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO.

Acto acusado, una Ordenanza departamental que reforma parcialmente otra, en el sentido de integrar una Junta que otorgue la concesión de distribución y venta de licores en el Departamento de la cual se señala, hace parte, entre otros funcionarios, el Gobernador.

La demanda considera que el actor desconoce la condición de Jefe de la Administración Departamental al Gobernador (arts. 181 de la C. N. y 34 del Decreto legislativo 222 de 1983).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 683. Apelación Interlocutorios. Actor: Jaime García Chadid.

Mediante providencia del 15 de junio del año en curso, el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la demanda de nulidad promovida por el doctor Jaime García Chadid contra la Ordenanza número 012 expedida por la Asamblea de ese Departamento el 30 de noviembre de 1986, "por la cual se reforma parcialmente la Ordenanza número 07 de 1984". En el mismo proveído se decretó la suspensión provisional del acto en mención, medida contra la cual se interpuso el recurso de apelación por los doctores Rafael A. González Guerrero y Enrique Carlos Sampayo Paniza, reconocidos como parte impugnadora de la demanda.

Al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 155 del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala de plano a resolver la apelación.

Consideraciones:

Se demandó la nulidad de la Ordenanza número 012 expedida por la Asamblea Departamental de Sucre el 30 de noviembre de 1986,

en cuyo artículo primero se dijo que el inciso C) del artículo 130 de la Ordenanza número 07 de 1984 quedaría así:

"La concesión de la distribución y venta de licores se hará por una Junta integrada así:

"1. El Gobernador del Departamento o su Delegado.

"2. El Secretario de Hacienda.

"3. El Secretario de Desarrollo.

"4. El Secretario de Educación.

"5. Dos representantes designados por la Asamblea, los cuales serán designados por la Mesa Directiva de ésta, si no se encontrase sesionando".

En sentir de la demanda, el acto mencionado viola de manera ostensible el artículo 181 de la Constitución Nacional en cuanto desconoce la condición de Jefe de la Administración Departamental al Gobernador de Sucre y viola el artículo 34 del Decreto 222 de 1983, "cuando le coloca obstáculos a la facultad legal de adjudicar contratos, exclusivamente y para nuestro caso en cabeza del Gobernador del Departamento".

El Tribunal de Sucre acogiendo los planteamientos de la demanda suspendió provisionalmente el acto acusado, pues consideró que confrontando el mandato ordenanzal con las normas de mayor jerarquía que regulan la materia sobre adjudicación de contratos, es fácil afirmar que la Asamblea del Departamento no tenía atribuciones para crear una junta con funciones que la ley le asigna al Gobernador, "imponiéndole limitaciones como jefe de la administración seccional". Si se deseaba conformar una junta para tales fines, agrega, "bien pudo establecer los requisitos previos a la adjudicación de la distribución y venta de los licores, pero sin pretender ser la adjudicataria".

El artículo 181 de la Constitución dice que en cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será al mismo tiempo agente del Gobierno y jefe de la administración seccional. Y el artículo 34 del Decreto 222 de 1983, expresa que: "Corresponde adjudicar el contrato al Jefe del organismo, previo concepto de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones o del Comité Técnico del mismo, con sujeción a las normas que regulan sus facultades. La adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido según el Decreto 2733 de 1959 o normas que los sustituyan y se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendarios siguientes. Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa. Si el proponente favorecido no firmare el contrato dentro del plazo que con tal fin se señale, la entidad contratante podrá adoptar entre abrir una nueva licitación o adjudicar, dentro de los treinta (30) días calendario siguiente al proponente calificado en tercer lugar".

No obstante la aparente simplicidad del problema, según los planteamientos que hace el Tribunal, no puede perderse de vista que de las disposiciones invocadas como término de confrontación, la

primera ciertamente que no viene al caso porque en parte alguna la ordenanza impugnada está desconociendo al Gobernador su condición de agente del Gobierno y jefe de la administración del Departamento de Sucre. Fuera de ello, la confrontación que ha de hacerse no es con la simple letra de la norma, sino con la norma misma. Si el tenor literal expresa inequívocamente el sentido de la norma, ello no quiere decir que el juzgador deba aplicar la letra del texto sino su contenido normativo, el cual sólo fluye de la interpretación sistemática del mismo de acuerdo con los métodos de interpretación que se adopten. Pero todo esto supone, como es obvio, una serie de análisis que de suyo excluyen la posibilidad de la suspensión provisional, porque entrañan apreciaciones de fondo de imposible acomodo dentro del limitado marco de una medida de excepción como la que se estudia.

Además, se hace importante observar, que el mismo Decreto 222 de 1983 señalado como segundo término de confrontación en su artículo 34, no aparece violado *prima facie*. Dicha disposición expresa que corresponde adjudicar el contrato al jefe del organismo, previo concepto de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones o del Comité Técnico del mismo. La norma acusada se limita a señalar lisa y llanamente cómo estará integrada esa Junta, de la cual forma parte el señor Gobernador del Departamento, lo que indica, que en modo alguno se le ha despojado de su facultad de intervenir en la adjudicación de los contratos que celebre la administración departamental. En otros términos, el Gobernador conforme la ordenanza acusada cuenta con la asesoría de una Junta de Licitaciones y Adquisiciones, que bien podría tener otras denominaciones, pero que ante todo es una junta técnica que hace el estudio detallado de las propuestas, y realiza las operaciones matemáticas pertinentes, tendientes a aplicar los criterios de adjudicación que deba seguir la entidad para la concesión de la distribución y venta de licores.

No obstante lo anterior, es menester dejar en claro que a términos del artículo 211 del Código de Régimen Departamental, "en desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios, sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley así como las inhabilidades e incompatibilidades"; y solamente son aplicables a ese nivel, las normas del Decreto 222 de 1983, conforme su artículo 212, en cuanto se refieren a "tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación y los principios del mismo estatuto sobre terminación, modificación, e interpretación unilaterales..."

Lo antes expresado es razón de más para afirmar que la suspensión provisional impetrada en el presente asunto no era procedente.

Por último, no sobra advertir, que no es permitido, sin grave perjuicio de la jurisdicción y severidad de las decisiones judiciales, que el juzgador aborde el estudio profundo de la controversia anticipando conceptos que deben ser la base misma de la decisión final, puesto que los criterios que informan la suspensión provisional, impiden que se escudriñe y ahonde con razonamientos más o menos

complejos, sobre lo que será materia de un debate que apenas se inicia. La actitud del juzgador deberá en consecuencia, encaminarse por senderos de suma cautela y mesurada prudencia. De allí precisamente que el Consejo siempre ha insistido en que la evidencia y claridad de la contradicción de la norma censurada con la superior, resalte con la confrontación para destruir la presunción de legalidad que acompaña a todo acto administrativo y hacer posible la orden de no aplicarlo.

Las ideas precedentes indican que el auto apelado, en cuanto decretó la suspensión provisional de la ordenanza acusada, debe ser revocado para en su lugar negarse esa medida excepcional.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Revócase la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre el 15 de junio de 1987, en cuanto por medio de ella se decretó la suspensión provisional de la Ordenanza número 012 expedida por la Asamblea de ese Departamento, el 30 de noviembre de 1986 y, en su lugar, *niégase* la suspensión del acto en mención.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 4 de agosto de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente con excusa.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

MUNICIPIOS, CREACION, SEGREGACION.

La Ley 14 de 1969 es la vigente y ella contiene un procedimiento ordinario y uno de excepción para la creación de municipios (arts. 1º y 6º). A ella debió sujetarse el Gobernador.

ENTIDADES ADMINISTRATIVAS. DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. LEY 62 DE 1939.

El artículo 8º de la precitada ley no se aplica a los casos de creación de municipios, porque la creación misma implica a su vez, segregación de otro u otros municipios. Se deriva esta afirmación, del artículo 10, numerales 1º y 2º de la Ley 14 de 1969.

Es decir, que el fenómeno de las agregaciones o segregaciones de términos municipales que señala el artículo 8º de la Ley 62 de 1939, se predica de supuestos en que sin que esté de por medio el fenómeno de derecho público de creación de un municipio, una parte o porción territorial de uno de estos entes se anexe a la de otro, quedando así el nuevo aumentado y el otro disminuido geográficamente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., ocho de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Proyectó: Doctora Myriam Guerrero de Escobar, Magistrada auxiliar.

Referencia: Proceso número 351. Actor: Fidel Enrique Moreno.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 22 de abril de 1986, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander denegó las súplicas de la demanda contenidas en el literal a) del *petitum* y se abstuvo de emitir pronunciamiento de mérito respecto del restablecimiento solicitado en el literal b) del mismo.

Antecedentes:

A. La demanda.

1. El ciudadano Fidel Enrique Moreno, obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84

del Código Contencioso Administrativo, demandó la declaratoria de nulidad de la Ordenanza número 02 de 27 de octubre de 1983 proferida por la Asamblea Departamental de Santander y del Decreto número 2494 de 23 de diciembre de 1983 expedido por el señor Gobernador del mismo Departamento y en consecuencia solicitó "se restituya a su plena vigencia legal el Municipio de California, creado por el artículo 30 de la Ley 15 de 1869, Ley 1ª de 1908, Decreto reglamentario número 916 de 1908 y Decreto número 1181 del mismo año".

El texto de los actos impugnados es del siguiente tenor:

a) Ordenanza número 02 de 27 de octubre de 1983 "por la cual se delega en el Gobernador del Departamento las facultades consagradas en el ordinal 4º del artículo 187 de la Constitución Nacional para la creación de un Municipio", proferida por la Asamblea Departamental de Santander:

"*Artículo primero.* Delégase en el Gobernador del Departamento de acuerdo al ordinal 10 del artículo 187 de la Constitución Nacional, las facultades consagradas en el ordinal 4º del artículo 187 de la Constitución Nacional para la creación del Municipio de 'Vetas' perteneciente a la comprensión Municipal de California.

"*Artículo segundo.* Las facultades de que trata el artículo anterior, serán ejercitadas por el Gobernador del Departamento mediante el concepto favorable del Consejo de Gobierno Departamental y previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 14 de 1969.

"*Artículo tercero.* Si para dar cumplimiento a lo dispuesto en los dos artículos anteriores se requiere agregar o segregar términos municipales, el Gobernador queda facultado para ello al tenor de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 62 de 1939.

"*Artículo cuarto.* El Gobernador de Santander, dentro de las facultades que se le confieren, preservará la cabecera municipal de California, población que ha escrito parte de la brillante historia minera de nuestro Departamento.

"*Artículo quinto.* Por intermedio de la Dirección Departamental de Planeación y con la colaboración de la Oficina Jurídica y la Contraloría Departamental, se allegarán las documentaciones pertinentes a fin de que la creación del Municipio señalado en el artículo 1º pueda cumplirse en el término de dos (2) meses, fecha en la cual vence la delegación consagrada en esta Ordenanza.

"*Artículo sexto.* Autorízase al Gobierno Departamental para hacer los traslados presupuestales para el pago de sueldos y demás gastos que demande la operancia administrativa de los Municipios de Vetas y California.

"*Artículo séptimo.* La presente Ordenanza rige desde su promulgación";

b) Decreto número 2494 de 23 de diciembre de 1983 "por el cual se declara sin efectividad el Decreto número 2150 de 1983, da cum-

plimiento a la Ordenanza número 02 de 1983, se crea el Municipio de Vetas y se restablece el Municipio de California", proferido por el Gobernador de Santander y de cuyo texto se abstiene la Sala de transcribir lo pertinente a delimitación territorial y a creación de cargos en gracia de brevedad y porque además son aspectos que no se cuestionan en el proceso:

"El Gobernador de Santander en uso de sus facultades legales, constitucionales y en especial las que le confiere la Ordenanza número 02 de 1983

CONSIDERANDO:

"a) Que según la Ordenanza número 02 del 27 de octubre de 1983, faculta al Gobernador para erigir en Municipio el Corregimiento de Vetas segregado del territorio de California;

"b) Que el artículo 2º de la Ordenanza número 02 de 1983, 'las facultades de que trata el artículo 1º, serán ejercitadas por el Gobernador del Departamento mediante el concepto favorable del Consejo de Gobierno Departamental y previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 14 de 1969';

"c) Que la Ordenanza citada anteriormente, en su artículo 4º, faculta al Gobernador para preservar a California como Municipio;

"d) Que según artículo 5º, autoriza a la Dirección de Planeación Departamental, en colaboración de la Oficina Jurídica y la Contraloría Departamental, para allegar la documentación necesaria;

"e) Que el Departamento Administrativo de Planeación Departamental realizó el estudio socio-económico correspondiente al área del Corregimiento de Vetas; cuya creación en Municipio se ha solicitado con ahínco, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 14 de 1969;

"f) Que el Departamento Nacional de Planeación emitió concepto favorable a la creación del Municipio de Vetas, cuya alinderación ha sido en observación sobre el terreno;

"g) Que según Acta número 022 del 22 de diciembre de 1983 del Consejo de Gobierno, fue dado concepto favorable sobre la creación del Municipio, con los límites que se describen en el presente Decreto.

DECRETA:

"*Artículo 1º* Créase al Municipio de Vetas, sobre el territorio que se segrega del Municipio de California determinado por los siguientes límites:

"

"*Artículo 2º* El Municipio de California quedará delimitado de la siguiente manera:

"....

"*Artículo 3º* La Cabecera Municipal del Municipio creado en el artículo 1º será el Corregimiento de Vetas.

"*Artículo 4º* Autorízase al Instituto Geográfico Agustín Codazzi para que en caso de encontrar confusión en los límites proceda a hacer los ajustes que se crea conveniente para el cumplimiento de la presente disposición.

"*Artículo 5º* A partir de la fecha del presente Decreto créanse dos (2) cargos de Alcaldes y dos (2) de Secretarios de Alcalde con una remuneración así:

"....

"*Artículo 6º* En Decreto separado el Gobierno Departamental fijará las disposiciones necesarias para garantizar la organización y funcionamiento administrativo de los Municipios mientras el Concejo Municipal dispone lo de competencia.

"*Artículo 7º* Comuníquese al honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bucaramanga, la creación del Municipio de Vetas y el restablecimiento del Municipio de California a fin de que proceda a organizar la Administración de Justicia de las nuevas entidades municipales.

"*Artículo 8º* Solicítase al Ministerio de Justicia que proceda a obtener el traslado presupuestal necesario para la dotación y creación de los Juzgados Municipales que deben funcionar en la Cabecera Municipal que se crean por medio de la Ordenanza número 02 de 1983.

"*Artículo 9º* El Gobierno Departamental procederá a solicitar del Ejecutivo Nacional, la creación de los demás cargos de carácter nacional, que por ley deben existir en los Municipios tales como Notaría de Circuito, Registraduría del Estado Civil Municipal, Recaudación de Impuestos Nacionales y demás.

"*Artículo 10*. Autorízase al Secretario de Hacienda para hacer los créditos, contracréditos y traslados presupuestales que sean necesarios para el cumplimiento de la presente disposición.

"*Artículo 11*. Este Decreto rige a partir de la fecha de expedición.

"COMUNIQUESE Y CUMPLASE".

2. Como hechos de la demanda se aducen en síntesis, los siguientes:

a) La Asamblea de Santander en el año de 1978 aprobó la Ordenanza número 37 de 11 de diciembre por la cual se creó el Municipio de Vetas y se tomaron otras determinaciones, la cual por sentencia de 27 de enero de 1981 del Tribunal Administrativo de Santander, confir-

mada por sentencia de 18 de febrero de 1983 del Consejo de Estado, fue declarada nula;

b) Por medio de la Ordenanza número 02 de 27 de octubre de 1983 se delegaron en el Gobernador del Departamento las facultades consagradas en el ordinal 4º del artículo 187 de la Constitución para crear el Municipio de Vetas, comprensión municipal de California, previo concepto favorable del Consejo de Gobierno Departamental y con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 14 de 1969. También lo facultó aquella para agregar o segregar términos municipales en caso de ser necesario, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 62 de 1939, preservando la Cabecera Municipal de California;

c) El Gobernador, a pesar de la reproducción de un acto ordenanzal anulado, sancionó la Ordenanza y creó el Municipio de Vetas segregándolo del Municipio de California, cuya vigencia pretendió revivir la Asamblea al derogar la Ordenanza número 37 de 1978, no obstante que ya había sido anulada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fundamentándose el Decreto de creación del citado Municipio en la autorización ordenanzal, el concepto favorable del Consejo de Gobierno, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 14 de 1969, la preservación de California como Municipio, la autorización a la Dirección de Planeación Departamental en colaboración con la Oficina Jurídica y con la Contraloría Departamental para allegar la documentación necesaria el estudio socio-económico realizado por el Departamento de Planeación Departamental y el concepto favorable de Planeación Nacional;

d) Para la creación del nuevo Municipio ni la Asamblea ni el Gobernador cumplieron los requisitos establecidos por la Ley 14 de 1969, pues no se aportaron las certificaciones detalladas procedentes del Departamento Nacional de Estadística sobre el número de habitantes de la nueva entidad y de aquella de la cual se segregó; la certificación de la Contraloría de Santander sobre los aportes estadísticos; el concepto de los organismos departamentales de planeación sobre la capacidad para organizar un presupuesto anual no inferior a $ 200.000.00; el concepto de los mismos organismos sobre la conveniencia económica y social de la nueva entidad según su capacidad fiscal, sus posibilidades económicas y su identificación como área territorial de desarrollo;

e) La solicitud para la creación no fue hecha por no menos de 5.000 ciudadanos domiciliados dentro de los límites que se piden para el nuevo Municipio, ni las firmas autenticadas por el Juez del Municipio de los cuales se segrega el que se pretende crear, ni a la solicitud se acompañaron los documentos y certificaciones previstos en los numerales 1 a 6 del artículo 1º de la Ley 14 de 1969, ni a ésta se le dio el trámite respectivo, en el sentido de que si estaba incompleta así lo declarara el Gobernador por resolución motivada o de lo contrario la pasara a la Asamblea;

f) Al delegar la Asamblea en el Gobernador la función prevista en el ordinal 4º del artículo 187 de la Carta precisó que para la

creación del Municipio de Vetas debían llenarse los requisitos exigidos por la Ley 14 de 1969, por lo cual, no podía éste apelar a la excepción consagrada en el artículo 6º de dicha ley y al hacerlo excedió las facultades por la Asamblea, a más de que al utilizar el procedimiento de excepción del artículo 6º tampoco cumplió con las exigencias allí contempladas, pues al solicitar el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, el cual lo emitió según Oficio número 602 de 29 de agosto de 1983, lo hizo con anterioridad a la expedición de la Ordenanza y no por conducto de la Asamblea sino de la Gobernación, usurpando así las funciones de aquella, además de que tal concepto no obedeció a un estudio directo de tal organismo nacional sino que se expidió sobre un estudio realizado por Planeación Departamental adscrita jerárquicamente al propio Gobernador solicitante, lo que no se compadece con la objetividad técnica que debe orientar tal concepto;

g) La Ordenanza que delegó la función sujetó su ejercicio al artículo 8º de la Ley 62 de 1939 atinente a la segregación o agregación de términos municipales, cuyos requisitos fueron incumplidos al no haber petición formulada a la Asamblea por los Concejos Municipales respectivos y por la mitad al menos de los ciudadanos allí residenciados; ni el estudio de un ingeniero catastral asistido por los personeros de los municipios interesados y por el Gobernador del Departamento, respecto de los límites; ni hubo informe del Gobernador, por lo cual al segregar del Municipio de California una porción territorial para crear el Municipio de Vetas se infringió tal disposición, además de que el primero no queda con la población y rentas municipales exigidas en la Ley 14 de 1969 y en el parágrafo del artículo 8º de la Ley 62 de 1939.

3. Como normas violadas y concepto de violación de las mismas plantea el actor en síntesis, lo siguiente:

a) La Ordenanza número 02 de 27 de octubre de 1983 y el Decreto 2494 de 23 de diciembre de 1983 son violatorios de la Constitución Nacional al no cumplirse estrictamente los requisitos establecidos en los artículos 1º, 3º y 6º de la Ley 14 de 1969; 8º de la Ley 62 de 1939; 1º y 2º de la Ley 45 de 1931; 158 y 159 del Decreto número 01 de 1984;

b) La Ordenanza mencionada facultó al Gobernador para reproducir y éste reprodujo un acto declarado nulo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo es la Ordenanza número 037 de 1978 que suprimió el Municipio de California y creó el de Vetas y la primera, además, con desconocimiento del artículo 1º de la Ley 45 de 1931 al facultar al Gobernador para efectuar tal reproducción lo hizo sin que exista disposición legal que la autorice para ocuparse de esos asuntos;

c) El Decreto no se sujetó al propio mandamiento de la Asamblea contenido en Ordenanza número 002, ni a las Leyes 14 de 1969 y 62 de 1939, a más de que utilizó el procedimiento de excepción del artículo 6º de la primera de las leyes mencionadas cuando la Asamblea no lo facultó para ello, siendo necesaria tal previsión en forma expresa y precisa al delegar una función, máxime cuando se trata de la aplicación de una norma de carácter restrictivo.

B. Contestación de la demanda.

El Departamento de Santander, en su carácter de demandado y por conducto de apoderado, procedió a contestar la demanda en los términos que se resumen así:

a) De la simple lectura de los ordinales e) y f) del Decreto número 2494 demandado, se deduce que el Gobernador creó el Municipio de Vetas en desarrollo del artículo 6º de la Ley 14 de 1969 y que por tanto el lleno de los requisitos a que aluden algunos de los hechos de la demanda no eran exigibles;

b) La elaboración del estudio socio-económico y la solicitud del concepto al Departamento Nacional de Planeación no se mencionan en la Ordenanza que otorgó facultades al señor Gobernador, pues la Asamblea no tenía por qué saber que para su creación no se necesitaba el lleno de los requisitos ordinarios, lo cual sólo se dedujo después del mencionado estudio que fue el que motivó la solicitud del Gobernador ante Planeación Nacional. En consecuencia, mal podía ser la Asamblea la que solicitara el referido concepto cuando ella le había delegado la facultad a ésta, es decir, lo había autorizado para adelantar todo el procedimiento conducente a su cumplimiento;

c) Los habitantes de Vetas presentaron la solicitud ante la Gobernación el 12 de julio de 1983 y con base en ella el Gobernador ordenó el estudio socio-económico en el mismo mes y sobre sus resultados se pidió el concepto al Departamento Nacional de Planeación y se llevó la inquietud a la Duma Departamental, que decidió delegar la facultad en el Gobernador según Ordenanza número 02 de 1983;

d) Era imposible dar cumplimiento al artículo 8º de la Ley 62 de 1939, puesto que a la fecha de ser erigido Vetas como Municipio, hacía parte del Municipio de Suratá y según el Decreto de creación, artículo 1º, se segregó de California que era Corregimiento y por tanto, no existía ninguna posibilidad de petición por parte del Concejo Municipal por cuanto los corregimientos carecen de él. Lo anterior en razón a que la Ordenanza número 37 de 1978 fue declarada nula por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander y confirmada por el Consejo de Estado el 18 de febrero de 1983 (fls. 107 a 110).

C. Parte interviniente.

El ciudadano y abogado Alfonso Gómez Castaño, parte interviniente en el proceso con el carácter de impugnador de la demanda, procedió a contestarla aduciendo, en síntesis, los siguientes planteamientos:

a) El señor Gobernador jamás reprodujo un acto anulado o suspendido. La circunstancia de que la Jurisdicción Contencioso Administrativa hubiera anulado la Ordenanza número 37 de 1978, no impedía la expedición legal de una nueva normación al haber desaparecido o corregido el vicio de que adolecía la primera, que fue exactamente lo que ocurrió en el caso en estudio;

b) El señor Gobernador dio exacto cumplimiento al mandato de la Asamblea del Departamento al obtener concepto favorable del Consejo de Gobierno Departamental, allegar autorización de la Dirección de Planeación Departamental en colaboración con la Oficina

Jurídica y la Contraloría Departamental para la obtención de la documentación necesaria, contar con un estudio socio-económico realizado por el Departamento Administrativo de Planeación Departamental y el concepto favorable del Departamento Administrativo Nacional de Planeación en acatamiento a lo dispuesto en la Ley 14 de 1969;

c) No tenían por qué llenarse los requisitos del artículo 1º de la Ley 14 de 1969 puesto que la creación del Municipio se hizo sobre la previsión legal del artículo 6º de la misma ley y la delegación conferida en la Ordenanza número 02 no quedó condicionada a prescindir de tal procedimiento de excepción;

d) No existe norma alguna que prescriba que el único organismo competente para solicitar concepto al Departamento Nacional de Planeación sea la Asamblea Departamental y por tanto, bien podía hacerlo el Gobernador mismo;

e) La Ley 62 de 1939 no es aplicable al caso *sub júdice* pues se trata de la creación de un Municipio en aplicación del artículo 6º de la Ley 14 de 1969 y no de la agregación o segregación de términos municipales que es el fenómeno que regula la primera de las normas mencionadas (fls. 96 a 106).

D. La sentencia recurrida.

El Tribunal Administrativo de Santander en sentencia de 22 de abril de 1986 denegó las súplicas de la demanda en cuanto a la declaratoria de nulidad solicitada y se abstuvo de proferir pronunciamiento de mérito en cuanto al restablecimiento impetrado, con fundamento en las consideraciones que se resumen, así:

1. La Ley 14 de 1969 regula lo concerniente a los requisitos para la creación de municipios por parte de las Asambleas Departamentales, la cual puede tener lugar acogiéndose a lo dispueto en sus artículos 1º y 6º que, respectivamente, contemplan la forma ordinaria y la especial para ello.

En el caso de estudio interesa la última de ellas y opera cuando el territorio en cuestión carezca de medios de comunicación con la Cabecera del Distrito del cual forma parte, si el desarrollo de la colonización o la explotación de recursos naturales así lo aconsejan, previo concepto favorable del Departamento Administrativo Nacional de Planeación.

2. La Asamblea de Santander con fundamento en el artículo 187 numeral 10, autorizó al Gobernador por el término de dos meses para la creación del Municipio de Vetas y para agregar o segregar términos municipales de ser necesario. Para la fecha en que se produjo la Ordenanza número 02 ya el Departamento Administrativo de Planeación Departamental había adelantado un estudio y conceptuado favorablemente para la creación de dicho Municipio, sobre la carencia de vías de comunicación con el Municipio de California que era la Cabecera Municipal a la que está unido por un camino de herradura, porque no es posible la construcción de carreteras debido a lo quebrado del terreno y de la petición de la misma población que consi-

deraba aplicable para la creación de éste la excepción consagrada en el artículo 6º de la Ley 14 de 1969.

3. El Departamento Administrativo Nacional de Planeación en Oficio número UDRU-602 de 29 de agosto dirigido al señor Gobernador, conceptuó favorablemente para la creación del Municipio de Vetas acogiéndose al artículo de excepción establecido en la Ley 14 de 1969.

4. Vetas es una región que por dedicarse a la exploración, explotación y comercio de metales preciosos, que son recursos naturales, constituye un centro de progreso para el Departamento y que al carecer de comunicación con su Cabecera, California, llena los requisitos que el citado artículo 6º exige para el procedimiento de excepción, a más de haberse satisfecho la exigencia adicional del concepto previo y favorable del organismo nacional antes mencionado.

No era necesario que la Ordenanza al delegar las facultades al Gobernador indicara expresamente que podía utilizar tal procedimiento especial. Quiso la Asamblea que el Ejecutivo creara el Municipio de Vetas y simplemente advirtió que debía darse cumplimiento a la Ley 14 de 1969, de la cual hace parte el citado artículo 6º: "Si el acto de delegación manda que se observe una ley, y se da cumplimiento a una de las disposiciones de ella, no puede el juzgador entrar a desatender el tenor literal del primero pretextando consultar su espíritu, porque se estaría haciendo lo contrario, desatendiendo el querer de la Asamblea de crear el Municipio de Vetas".

5. Es viable la reproducción de actos suspendidos o anulados, cuando han desaparecido con posterioridad a la providencia los fundamentos que originaron la suspensión o la declaratoria de nulidad. Cuando tales medidas se originan en la falta de observancia de requisitos para la expedición del acto, puede proferirse uno nuevo en el que estos se observen a cabalidad, pues de lo contrario quedarían las autoridades impedidas para cumplir las funciones que la Carta y en general el ordenamiento jurídico les atribuyen. Exactamente es lo que ocurre en el caso en análisis pues la Ordenanza que creaba el Municipio de Vetas fue anulada porque al utilizar el procedimiento del artículo 6º de la Ley 14 de 1969, se omitió obtener el concepto favorable y previo del Departamento Nacional de Planeación. A subsanar tal omisión desaparece la causa de la nulidad y puede proferirse de nuevo el acto.

6. La ley exige que el concepto mencionado se produzca antes de la expedición del acto que crea el Municipio, pero no es necesario que se emita con posterioridad a la Ordenanza que dispone la creación del mismo delegando facultades para ello. Por tanto, al haberse obtenido éste con anterioridad a la expedición de la Ordenanza no le quita la validez necesaria para cumplir su efecto.

7. Por tratarse de una acción pública de nulidad, no procede decidir sobre la solicitud de restablecimiento del derecho, que en favor del Municipio de California eleva el demandante como simple ciudadano (fls. 160 a 169).

E. El recurso de apelación.

Al sustentar el recurso de apelación, reitera el recurrente los mismos argumentos aducidos en la demanda bajo el acápite de normas violadas y concepto de violación.

La parte demandada solicita se confirme el fallo del *a quo*, para lo cual plantea en síntesis lo siguiente:

a) Ubicación histórico-legal atinente al Municipio de Vetas, empezando por la Ley 23 de 1857 que lo erigió como Municipio y pasando por las Leyes 15 de 1869, 6ª de 1975, 1ª de 1908, Decreto-ley 916 y 1181 de 1908 que han tenido incidencia en la vida jurídica del citado Municipio;

b) Análisis de los aspectos atinentes a la explotación económica propia del área, cual es la minería, su carencia de vías de comunicación con la Cabecera Municipal de California y otros aspectos de orden económico-social;

c) Al desaparecer los vicios de forma que originaron la declaratoria de nulidad de la Ordenanza número 37 de 1978 que creó el Municipio tantas veces mencionado, bien podía proferirse un nuevo acto bajo el lleno de tales requisitos que fue lo que aconteció, pues se allegó el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación que se echó de menos en aquella oportunidad, a más de que se cumplieron todos los requisitos que el artículo 6º de la Ley 14 de 1969 exige al efecto y cuya utilización no prohibió la Ordenanza que contiene la delegación (fls. 13 a 23).

F. Concepto de la fiscalía.

Considera el señor Fiscal Primero debe confirmarse la sentencia apelada y para ello argumenta, así:

a) El problema jurídico de fondo reside en concluir acerca de si la delegación que hizo la Asamblea en el Gobernador para la creación del Municipio de Vetas llevaba consigo la posibilidad de hacer uso del régimen de excepción que prevé el artículo 6º de la Ley 14 de 1969.

"Con miras a la creación de Municipios la Ley 14 de 1983 (sic) consagró tres vías para efectuarlas": La prevista en el artículo 1º que se podría denominar vía general y que presupone el lleno de todos los requisitos allí enumerados atinentes a población, aporte de rentas y contribuciones, etc., etc.; la contemplada en el inciso primero del artículo 6º que obvia el cumplimiento de tales requisitos y exige en cambio carencia de vías de comunicación adecuadas con la Cabecera del Distrito o Distritos de los cuales forme parte, si el desarrollo de la colonización o la explotación de recursos naturales lo aconsejan, previo concepto del Departamento Nacional de Planeación y la tercera modalidad contemplada en el inciso segundo del mismo artículo que exige tratarse de zonas fronterizas y previo dictamen favorable del Presidente de la República.

En el caso de la creación del Municipio de Vetas se utilizó el procedimiento del inciso primero del artículo 6º de la Ley 14 de 1969, pero con la modalidad de que no fue la Asamblea sino el Gobernador por delegación de ésta quien expidió el acto de creación;

b) Es lógico y jurídico el planteamiento del *a quo* en cuanto a la reproducción de actos anulados o suspendidos, razón para que no puedan prosperar los cargos que por este aspecto se hacen a los actos demandados;

c) Las facultades delegadas al Gobernador eran las que a la Asamblea otorga el ordinal 4º del artículo 187 de la Constitución y esto fue exactamente lo que hizo el Gobernador, a más de que la Ordenanza prescribió sujeción a la Ley 14 de 1969 que en su artículo 6º contempla el procedimiento utilizado para la creación del Municipio y si éste fue el procedimiento mal puede exigirse el cumplimiento de requisitos que la ley prescribe para situaciones distintas (fls. 41 a 47).

Consideraciones:

I. Por razones de claridad, considera la Sala deben analizarse en forma separada los distintos cargos que fueron aducidos en la demanda y posteriormente reiterados al sustentar el recurso que ahora se decide, así:

A. Reproducción de un acto anulado:

1. El cargo consiste en afirmar que la Ordenanza número 02 de 27 de octubre de 1983, artículo 1º, al delegar en el Gobernador la facultad constitucional prevista en el ordinal 4º del artículo 187 de la Carta para la creación del Municipio de Vetas, infringió la prohibición hoy contemplada en los artículos 158 y 159 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con los artículos 1º y 2º de la Ley 45 de 1931, pues dicha autorización versa sobre la reproducción de un acto anulado, como lo es la Ordenanza número 37 de 11 de diciembre de 1978. Consecuencialmente, el Decreto número 2494 de 23 de diciembre de 1983 dictado con fundamento en la precitada delegación es nulo por la misma razón, pues en él se contiene la reproducción de tal acto.

2. Para que la prohibición legal opere se requiere que el acto anulado y el que lo reproduce contengan en esencia las mismas disposiciones y no hayan desaparecido los fundamentos legales que motivaron la anulación del primero.

La Ordenanza número 37 de 11 de diciembre de 1978 (fls. 31, cuaderno número 1) "por la cual se crea el Municipio de Vetas y se toman otras determinaciones", fue declarada nula según sentencia de 27 de enero de 1981 del Tribunal Administrativo de Santander (fls. 72 a 112, cuaderno número 1), confirmada por sentencia de esta Corporación fechada el 18 de febrero de 1983 (fls. 113 a 127, cuaderno número 1), con fundamento, en lo que atañe a la decisión de creación del Municipio, en que habiéndose utilizado para ello el procedimiento previsto en el artículo 6º de la Ley 14 de 1969, no se dio cumplimiento a los requisitos que allí se establecen, más concretamente, no se obtuvo el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

En efecto, en la parte considerativa del precitado fallo del Tribunal se lee:

"...la Asamblea de Santander para crear el Municipio de Vetas no tuvo intención de proceder en desarrollo de la facultad que le otorga la Ley 14 de 1969 en su artículo 1º y, fue así como no se preocupó por dar cumplimiento a los requisitos que esta norma prevé en sus seis numerales. Por el contrario, teniendo en cuenta que la misma Ley 14 de 1969 le confiere la potestad de crear municipios sin la satisfacción de los presupuestos que consagra en su artículo 1º, recurrió a la excepción consagrada en el artículo 6º *ibídem*..."

Dentro del proceso se estableció que Vetas "...carecía de medios adecuados de comunicación con California (Cabecera Municipal), con lo cual se satisfizo una condición específica del citado artículo 6º".

"Es fácil concluir que la creación del Municipio de Vetas se quiso fundamentar en la conveniencia para la explotación de los recursos naturales que existen en su territorio, esto es, la minería (oro y plata), pues ésta es la fuente principal de toda la actividad de la región y en ella se ocupa la totalidad de la fuerza de trabajo de que dispone dicho territorio. Este factor de conveniencia, en cuanto a desarrollo y explotación de recursos naturales existentes en la región bien justificaba la creación de Vetas como Municipio", pero faltó el requisito de la emisión del concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación, que la misma norma requiere y que la Duma estimó suficiente suplir por el concepto favorable de la Oficina de Planeación Departamental, el cual "condicionaba la competencia para que la Asamblea de Santander pudiera producir el acto acusado mediante el cual se erigió Vetas como Municipio, omisión que vicia de nulidad el acto así expedido" (fls. 77 a 112).

En la sentencia de 18 de febrero de 1983, Sección Primera, de esta Corporación, se dijo:

"En el caso de autos, dados los antecedentes que reposan en el proceso, se tiene que el procedimiento escogido por la Asamblea para crear el Municipio de Vetas no pudo ser otro que el establecido en el inciso primero del artículo 6º de la Ley 14 de 1969. Así lo ha entendido también el *a quo*, y fue expresamente aceptado por la parte opositora en el alegato de conclusión (fl. 125)".

El citado artículo 6º dispone "que las Asambleas pueden crear municipios cuando la región o territorio carezca de medios adecuados de comunicación con la cabecera del distrito o distritos de los cuales forme parte, cuando el desarrollo de la colonización o explotación de recursos naturales así lo aconsejen y en todo caso con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación".

"...considera la Sala que el requisito consistente en el concepto previo exigido por el artículo 6º de la Ley 14 de 1969, no sólo es de orden formal sino que abriga una cuestión de fondo o fundamental porque es prácticamente el documento orientador elaborado por la máxima autoridad de la Planeación Nacional, sobre si se han cumplido los otros presupuestos legales lo que es indispensable, para decidir sobre la creación del Municipio; y tan es de fondo que la ley exige ser previo y ante todo favorable".

El no haberse obtenido el mencionado concepto "conduce a que el acto contemplado en la Ordenanza es, bajo este aspecto, ilegal y consiguientemente anulable" (fls. 113 a 127).

3. En lo que mira al primer aspecto de la prohibición legal, hay identidad de decisión en la Ordenanza número 37 y en el Decreto número 2494 en lo que concierne a la creación del Municipio de Vetas, y en una y otro se contienen además otra serie de disposiciones no idénticas. Es la primera decisión la que se impugna en el caso *sub lite;* es decir, que por este aspecto se cumpliría el requisito que la norma erige en causal de la prohibición de reproducción y en lo que atañe al Decreto número 2494. No ocurre lo propio en lo que concierne a la Ordenanza número 02 pues en ella misma no se contiene acto de creación de municipio alguno, sino simplemente la autorización al Ejecutivo Seccional para proceder a hacerlo y esto como es apenas obvio con sujeción a las normas que rigen la materia, concretamente a la Ley 14 de 1969 a cuyo cumplimiento la misma Ordenanza se refiere en forma expresa. La simple autorización, de una parte, no presupone reiteración del acto anulado y, de otra, tal autorización en tratándose de un vicio por falta del lleno de un requisito en el procedimiento seguido para la expedición del acto anulado tampoco presupone orden de volver a incurrir en él, para así reproducirlo sobre la base del mismo fundamento en que se apoyó la declaratoria de ilegalidad. Por las razones anteriores no prospera el cargo en lo que respecta a la Ordenanza número 02 de 27 de octubre de 1983.

En lo que toca con el Decreto número 2494, si bien en él se reproduce la decisión de creación del Municipio de Vetas antes contenida en la Ordenanza número 37 anulada, como ya se dijo, y para la expedición de ambos actos se utilizó el mismo procedimiento de excepción previsto en el artículo 6º de la Ley 14 de 1969, ha desaparecido el fundamento legal de la citada anulación, en cuanto que para la emisión del primero se obtuvo el concepto del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, el cual fue favorable como se desprende de su propio texto (fl. 91, cuaderno núm. 3) y previo por cuanto está fechado el 29 de agosto de 1983 y el Decreto de creación del Municipio es de fecha 23 de diciembre del mismo año.

Comparte la Sala los planteamientos del Tribunal en el sentido de que del texto del inciso 1º del artículo 6º de la Ley 14 de 1969 no se infiere que para el caso de creación del Municipio por el Ejecutivo Seccional en virtud de autorización conferida al efecto por la Asamblea respectiva, se requiere que el concepto se solicite y emita con posterioridad a la expedición de la ordenanza que contiene la autorización, como lo pretende el demandante. Lo que la norma prescribe es la obtención del concepto favorable y previo a la expedición del acto que erige en territorio un Municipio, y agrega la Sala, que tampoco se requiere que la solicitud atinente al concepto de que se viene hablando sea elevada y con carácter excluyente por la Asamblea Departamental, sino que bien puede serlo por el señor Gobernador, máxime cuando como en el caso *sub judice* era éste en virtud de autorización y no aquélla quien adelantaba la tramitación correspondiente. Del texto de la disposición en cita no se deduce competencia exclusiva

de la Asamblea a este efecto. Por las razones anotadas tampoco prospera el cargo en lo que concierne al Decreto 2494 de 23 de diciembre de 1983.

B. Violación por el Decreto número 2494 de lo prescrito en la norma de autorización —Ordenanza número 02 de 1983— y de los artículos 1º, 3º y 6º de la Ley 14 de 1969.

1. El cargo consiste en afirmar que al haber utilizado el señor Gobernador de Santander para la creación del Municipio de Vetas el procedimiento previsto en el artículo 6º de la Ley 14 de 1969, excedió la facultad conferida por cuanto es éste un procedimiento de excepción que la Ordenanza no autorizó expresamente a utilizar y que, de otra parte no se cumplieron los requisitos que la Ley 14 de 1969 en los artículos arriba mencionados señala al respecto.

2. El artículo 2º de la Ordenanza número 02 de 27 de octubre de 1983 sujeta el ejercicio de la facultad delegada —creación del Municipio de Vetas— al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 14 de 1969.

Como se anotó en el punto anterior de estas consideraciones, el hecho de que una competencia o una facultad se ejerza por funcionario distinto al titular de ella en virtud de una autorización o de una delegación conferida al efecto, no releva al delegatario o autorizado de la obligación legal de ajustarse en su ejercicio al cumplimiento de todas las normas vigentes en la materia objeto de delegación o autorización, ni faculta al delegante o titular para obviar mediante el acto de delegación o autorización el cumplimiento de las mismas. Se trata simplemente de que el titular de la facultad se desprende en forma transitoria o temporal de ella para que otro funcionario la ejerza en un caso preciso, razón para que prescripciones como la de la Ordenanza número 02 no sean necesarias en el acto de autorización y que cuando ellas tienen lugar es simplemente a manera de pauta indicativa para el correcto y mejor desarrollo de la facultad delegada.

La Ley 14 de 1969, es la norma vigente en materia de creación de Municipios y por tanto a ella debía sujetarse el señor Gobernador para la creación del Municipio de Vetas en virtud de la autorización ordenanzal.

En dicha ley, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, entre otros en el mismo fallo que se ha traído a colación en este proceso para fundamentar el primer cargo (sentencia de 18 de febrero de 1983, Expediente núm. 3558, actor: Fidel Enrique Moreno) y más recientemente en fallo de 12 de diciembre de 1986, Sección Primera, Proceso número 66, actor: Diego Alvarez Vera, en el cual fue ponente el mismo consejero que ahora conduce el presente proceso, se contienen un procedimiento ordinario y procedimiento de excepción para la creación de municipios, concretamente en los artículos 1º y 6º, para cuya utilización señala sus propios requisitos.

Para que el señor Gobernador de Santander se viera limitado a hacer uso de alguno de tales procedimientos o a ubicarse exclusivamente en alguna de las situaciones allí previstas, se requeriría man-

dato expreso de la Asamblea con la finalidad de restringir la posibilidad de utilizar las distintas alternativas que la norma que rige la creación de municipio contempla. En otras palabras, ocurre exactamente lo contrario de lo que pretende el recurrente-demandante: El autorizado o delegatario asume a plenitud la facultad objeto de autorización o delegación en los términos de la ley que regule el ejercicio de la misma, con las limitantes que en forma expresa se contemplen, si las hay, en el acto de autorización o delegación.

Si la Ley 14 de 1969 prevé situaciones y procedimientos distintos para crear municipios y si la Asamblea en la Ordenanza contentiva de la autorización no limita el ejercicio de la facultad delegada a la utilización de alguno de ellos con exclusión de los otros, bien podía hacerse uso de aquel respecto del cual se diera el lleno de los requisitos o supuestos de hecho que la norma exige para el caso. El procedimiento utilizado para la expedición del Decreto número 2494 fue el contemplado en el artículo 6º de la mencionada ley como se desprende del literal f) de la parte Considerativa del citado Decreto y de la documentación allegada como antecedente para su emisión, razón para que la Sala compartiendo el planteamiento del Tribunal atrás transcrito en la letra D, punto 4, Antecedentes, Sentencia Recurrida, llegue a la conclusión de que al haberse hecho uso del artículo 6º de la Ley 14 de 1969 y no existir prohibición en la Ordenanza número 62 de 1983 para acudir a tal normación, el Decreto número 2494 no excedió las facultades conferidas.

3. En cuanto a la acusación formulada con fundamento en el no lleno de los requisitos establecidos en los artículos 1º, 3º y 6º de la precitada ley, se halla plenamente establecido en el proceso, como ya se ha dicho en repetidas oportunidades, que la tramitación y expedición del Decreto número 2494 de 23 de diciembre de 1983 acusado, se efectuaron dentro del marco fijado del artículo 6º de la Ley 14 de 1969, como se concluye del análisis del acervo probatorio incorporado al proceso.

En efecto:

a) La solicitud atinente a la creación de la nueva entidad territorial, dirigida al señor Gobernador del Departamento de Santander, suscrita y presentada el 12 de julio de 1983 por los ciudadanos domiciliados en el Corregimiento de Vetas, aduce razones de ausencia de canales adecuados que permitan el fácil acceso a la Cabecera Municipal de California, existencia de empresas mineras debidamente organizadas que explotan recursos naturales de la región, como son oro, plata y otros minerales y en forma expresa invoca el cumplimiento de las condiciones o supuestos de hecho establecidos por el artículo 6º precitado (cuaderno núm. 3);

b) La Oficina de Planeación Departamental de Santander elaboró en el mes de julio de 1983 un estudio socio-económico del Corregimiento de Vetas (cuaderno núm. 4), en el cual se hace énfasis en la carencia de vías de comunicación con la Cabecera Municipal, en la dificultad, por condiciones del terreno, para construirlas y en la existencia de valiosos recursos mineros cuya explotación es necesario mejorar;

c) En Oficio número 390 de 4 de agosto de 1983 (fl. 90, cuaderno núm. 3) el Gobernador del Departamento de Santander solicitó al Jefe del Departamento Nacional de Planeación concepto sobre la creación del nuevo municipio con fundamento en el estudio socio-económico elaborado por la Oficina Seccional de Planeación y el Departamento Administrativo Nacional de Planeación en Oficio número UDRU-602 de 29 de agosto de 1983 (fl. 91, cuaderno número 3) emitió concepto favorable para la creación del Municipio dentro de las condiciones de excepción del artículo 6º tantas veces citado;

d) En los Considerandos del Decreto número 2494 distinguidos con las letras e) y f) se hace relación a la situación de excepción prevista en el artículo 6º, inciso 1º de la Ley 14 de 1969.

Establecido que el acto acusado se sujetó a los presupuestos de hecho del artículo 6º, inciso 1º, de la Ley 14 de 1969 y que estos fueron satisfechos, pues se obtuvo el concepto favorable del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, cuya emisión se fundamentó en el análisis socio-económico adelantado por la Oficina de Planeación del Departamento de Santander en el que se contienen estudios sobre los aspectos a que se refiere el artículo 6º citado —carencia de vías de comunicación con la Cabecera Municipal y explotación de recursos naturales—, a más de que dicho concepto es previo a la expedición del acto impugnado, pues fue expedido éste el 23 de diciembre y el concepto emitido el 29 de agosto de 1983, no puede prosperar el cargo y de otra parte, queda relevada la Sala de verificar el cumplimiento de los requisitos de los artículos 1º y 3º de la misma Ley 14, por ser normas inaplicables al caso *sub judice*, pues se refieren a situaciones totalmente distintas.

C. Desconocimiento del artículo 8º de la Ley 62 de 1939.

La Ley 62 de 1939 regula lo atinente al deslinde y amojonamiento de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios de la República pero no contempla normas relativas a la creación de nuevos municipios.

Entiende la Sala que el artículo 8º de la Ley mencionada no es aplicable a casos de creación de municipios, fenómeno que por la misma naturaleza de las cosas implica a su vez segregación de otro u otros municipios. Así lo contempla el mismo artículo 1º de la Ley 14 de 1969 en sus numerales 1º) y 2º) cuando prescribe que al crearse un municipio, aquel o aquellos que sufran la segregación deben quedar con una población no inferior a 25.000 habitantes y con un presupuesto no inferior a $ 200.000.00 anuales, base rentística que se aumentará en la forma indicada en el artículo 2º de la misma ley.

La agregación o segregación de que habla el artículo 8º tiene su alcance dentro del objetivo mismo de la Ley 62 de 1939 de que hace parte, consistente en señalar reglas para el deslinde y amojonamiento de las distintas entidades territoriales, entre ellas los municipios. Es decir, que tales agregaciones o segregaciones en cuestión se predican de supuestos en que sin que esté de por medio el fenómeno de derecho público de creación de un municipio, una parte o porción territorial de uno de estos entes se anexa a la de otro, quedando así el primero

aumentado y el segundo disminuido desde el punto de vista geográfico y sobre la base de la preexistencia de tales entidades.

La disposición en cuestión, en su parágrafo propende a que de todas maneras el municipio segregante lo sea hasta la medida en que permanezcan los requisitos de población y rentas fiscales exigidos para la creación de nuevos municipios, debiendo en todo caso también cumplirse los otros requisitos que el mismo artículo 5º en sus literales a), b) y c) contempla, comprobados en la petición motivada hecha a la Asamblea Departamental por los Concejos Municipales respectivos y por la mitad, por lo menos, de los habitantes de la región que se trata de segregar; oído el parecer de los mismos e informe del Gobernador.

Tratándose en el caso *sub judice* de la creación de un nuevo municipio, la norma vigente en la materia es la Ley 14 de 1969, que como ya se ha dicho en repetidas oportunidades, en su artículo 1º. regla la situación y el procedimiento ordinario para ello, exigiendo al respecto el lleno de requisitos que miran de una parte, al territorio que se erigirá en Municipio y de otra, al municipio o municipios ya existentes y del cual o de los cuales se segrega el territorio para conformar el primero. Pero como ya se anotó en el punto anterior, los preceptos legales dentro de los cuales se situó el Decreto impugnado 2494 de 24 de diciembre de 1968, no fueron los ordinarios de la creación de municipios sino los previstos en la situación de excepción regulada por el artículo 5º, inciso primero, consistente precisamente en la no necesidad de llenar los indicados en la primera de las dos hipótesis contenidas para que por bifurcación del acto sea posible [illegible] Ley 62 de 1939, como así lo autoriza el artículo 3º de la Ley 14 de 1969, lo pueda afirmarse o deducirse violación de ellas.

La mención que al parágrafo del artículo 8º de la Ley 34 de 1939 hace la Ordenanza número 03, en su artículo 3º, no puede tener fuerza jurídica para hacer obligatorio el cumplimiento de un requisito que la ley —norma de superior jerarquía en este caso— [illegible] una situación distinta y por ende, no puede pretenderse deducir de allí la configuración de una causal de nulidad consistente en la inaplicación de una norma de suyo inaplicable. Por tales razones no puede tampoco prosperar este cargo.

En virtud de lo antes expuesto habrá de confirmarse la sentencia del Tribunal en cuanto a la denegación de las pretensiones de la demanda atinentes a la declaratoria de nulidad de la Ordenanza número 03 de 27 de octubre y del Decreto número 2494 de 24 de diciembre [illegible]

II. No comparte la Sala la decisión del Tribunal en cuanto se abstuvo de emitir pronunciamiento de mérito respecto de la petición de la demanda consistente en la restitución a su plena vigencia del Municipio de California, por las siguientes razones:

1. Entiende el Tribunal que la pretensión formulada configura una solicitud de "restablecimiento del derecho" (fl. 169, cuaderno principal) en favor del Municipio de California, prefiriendo a las palabras textualmente expuestas por el demandante —"se restituya a su plena vigencia legal el Municipio de California"— y concluye que "por tratarse de una acción pública de nulidad cuyo objetivo único es la in-

validación de actos violatorios de normas superiores, para efectos de lograr en abstracto el imperio del ordenamiento jurídico quebrantado por actos de menor jerarquía", no es procedente pronunciarse en el fondo sobre tal petición.

2. Considera la Sala que la mencionada pretensión no es distinta de la primera —simple nulidad—. Se trata de la misma formulación con expresiones o formas de postulación distintas.

En efecto, lo que pretende el demandante al instaurar la demanda es que el Municipio de California continúe existiendo bajo las condiciones imperantes antes de la expedición de la Ordenanza número 02, más exactamente del Decreto número 2494 de 1983, que por violar normas de superior jerarquía quebrantaron, al decir de éste, el imperio del ordenamiento jurídico para utilizar las expresiones textuales del Tribunal, ordenamiento que sólo podrá restablecerse en virtud de la anulación de los citados actos.

3. No encuentra la Sala congruente la decisión del Tribunal, por cuanto al denegar la declaratoria de nulidad de la Ordenanza y del Decreto cuestionados, está denegando la restitución del Municipio de California a las condiciones existentes antes de la expedición de los precitados actos, luego se está pronunciando de fondo sobre dicha pretensión.

En otras palabras, considera la Sala que en el caso *sub lite* no hay pretensión de restablecimiento de derecho alguno, sino simple petición de nulidad. De lo contrario, la acción procedente no sería la pública contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo sino la de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 *ibídem* la cual requiere interés de parte o legitimación, que por no haberse acreditado en el proceso conduciría a un fallo inhibitorio en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo parcialmente con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Confírmase el numeral uno (1) de la sentencia de 22 de abril de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

2º Revócase el numeral dos (2) de la misma y en su lugar se niega la petición b) de la demanda de instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la Sala de veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. TAREAS A CUMPLIR A TRAVES DE ORDENANZAS: Artículo 187-8 de la Constitución Nacional; artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal (NULIDAD).

DE LA ORGANIZACION DE LAS CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES:

1. Autorización relativa al buen funcionamiento de esta entidad.

2. La Asamblea no puede concebirlas como organismos autónomos, con patrimonio independiente, mediante acto ordenanzal.

PARTIDAS ANUALES PARA GASTOS TOTALES DE LAS CONTRALORIAS.

Porcentaje límite del 2% de sus respectivos presupuestos. Debe aplicarse únicamente al Presupuesto del Departamento este porcentaje, no para los Municipios, entidades descentralizadas del orden departamental, etc.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., siete de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 429. Demandante: José Jesús Laverde Ospina.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el actor, contra la sentencia del 29 de julio del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío, dentro del proceso de nulidad de la Ordenanza número 22 de 1981 (noviembre 20), originaria de la Asamblea Departamental del Quindío, negó las peticiones de la demanda que originó este proceso.

El acto acusado:

La referida Ordenanza 22 "por la cual se dictan normas sobre la estructura y organización de la Contraloría Departamental y se crean unos cargos en la misma entidad", dispone lo siguiente:

"*Artículo 1º* La Contraloría General del Departamento del Quindío en un organismo autónomo, con patrimonio independiente, para el cumplimiento de las funciones que se le han encomendado y las que le asigne dentro de las normas trazadas por la Constitución, las leyes, la presente Ordenanza y los que posteriormente dictará la Asamblea.

"*Artículo 2º Del patrimonio de la Contraloría.* El patrimonio de la Contraloría General del Departamento, estará constituido por:

a) Los aportes, transferencias, participaciones y donaciones que reciba de entidades oficiales y otras que fiscalice;

b) Los bienes muebles e inmuebles que posea en la actualidad y los que adquiera a cualquier título;

c) Los recursos provenientes del Tesoro Departamental y otras entidades, por concepto de apropiaciones presupuestales;

d) Los aportes que mensualmente le hagan las entidades oficiales y particulares que fiscalice;

e) Por el superávit o déficit del ejercicio fiscal;

f) Por su patrimonio actual.

"*Parágrafo:* El patrimonio inicial de la Contraloría estará compuesto por sus propiedades bienes muebles según inventario, rentas y fondos existentes al momento de la sanción de la presente Ordenanza.

"*Artículo 3º Del aporte de las entidades y otras.* El Departamento, los Municipios, las entidades descentralizadas del orden Departamental y Municipal y las entidades que reciban aportes departamentales y por tanto deban someterse a la fiscalización por parte de la Contraloría General del Departamento, están en la obligación de apropiar el dos por ciento (2%) del monto total de sus presupuestos de conformidad con el artículo 6º de la Ley 6ª de 1986, con destino al presupuesto de funcionamiento de la Contraloría Departamental.

"*Parágrafo 1º:* El aporte de que trata el presente artículo será girado directamente a la Tesorería General del Departamento dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, por doceavas partes y se llevará a cuenta especial que será reglamentada por el Contralor General del Departamento.

"*Parágrafo 2º:* Cada vez que se produzcan adiciones en los presupuestos de las entidades enunciadas en el presente artículo la Contraloría tendrá derecho al cobro del aporte correspondiente en la misma proporción.

"*Artículo 5º (sic) De la creación de cargos:* Créanse las Secciones de Contabilidad y Presupuesto, dentro de la estructura administrativa de la Contraloría Departamental, dependiente del despacho del Contralor. El Contralor fijará las funciones a cada

uno de los cargos creados, de conformidad con lo preceptuado en el literal b) aparte A del artículo 408 del Código Fiscal del Quindío.

"*Parágrafo:* El nombramiento de los funcionarios para los cargos creados, se hará de la misma planta interna que actualmente tiene la Contraloría.

"*Artículo 6º (sic)* Los empleados de la Contraloría Departamental tendrán iguales derechos y obligaciones que los empleados no sindicalizados del orden departamental.

"*Artículo 7º (sic)* Las cuotas de auditaje pagadas con destino a la Contraloría Departamental; tanto por los institutos descentralizados, como los Municipios y el Departamento serán depositados en la Tesorería Departamental en una cuenta especial y no en fondos comunes. El Contralor General del Departamento quedará facultado para reglamentar el manejo de dichos fondos.

"*Artículo 8º (sic)* El Departamento del Quindío pagará durante el primer año, el valor correspondiente a las cuotas de las transferencias que estén a cargo de la Contraloría Departamental.

"*Artículo 9º (sic) Del Consejo Técnico:* Como entidad asesora en lo relativo a organización y métodos, reglamento, cuestiones presupuestales, fiscales y contables, financieras, etc., funcionará en la Contraloría Departamental un Consejo Técnico integrado por el Contralor Auxiliar, los Jefes de Sección y presidido por el Contralor, quien reglamentará sus funciones.

"*Artículo 10. (sic)* Autorízase al señor Contralor para suscribir contratos de afiliación del personal al servicio de la Contraloría con la Caja Departamental del Quindío y los demás que sean necesarios para una cabal cobertura de todos los riesgos de su personal, a partir de la sanción de esta Ordenanza.

"*Parágrafo:* El Departamento del Quindío, al treinta y uno (31) de diciembre de 1981, liquidará la totalidad de los salarios y prestaciones sociales que estén a favor del personal adscrito a la Contraloría Departamental y las deudas que por suministro y bienes muebles estén a su cargo.

"*Artículo 11. (sic)* El Contralor del Departamento someterá el Proyecto de Ordenanza de Presupuesto de la Contraloría a consideración de la Asamblea dentro de los diez (10) primeros días de sus sesiones ordinarias.

"*Artículo 12. (sic)* La presente Ordenanza rige a partir de la fecha de su sanción y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

(Fdo.) Luis Alfonso García Muñoz, Presidente.

(Fdo.) Tulio Castrillón Castaño, Secretario General".

La demanda:

Se estima en la demanda que la Ordenanza acusada viola los siguientes artículos de la Constitución Nacional: 187, numerales 6 y

7; 194, numeral 9, el Decreto 2407 de 1981 y el artículo 97, numeral 5 de la Ley 4ª de 1913.

Y sobre el concepto de la violación se expresa lo siguiente:

a) Ni la Constitución ni la ley han señalado que la Contraloría se pueda organizar como un organismo descentralizado del orden deparmental y para ello la honorable Asamblea Departamental necesita autorización emanada de la ley.

En todo caso el Proyecto para cambiar la estructura de la Contraloría y a la vez "crear cargos con sujeción al Tesoro Departamental", debe provenir del gestor del gasto público que es el señor Gobernador. Si otro funcionario, como es el presente caso, presenta proyectos de esta clase y son convertidos en ordenanzas por la Asamblea, desde ese mismo instante quedan viciados de nulidad.

Fue esto lo sucedido en el escrito *sub lite*, luego se quebrantaron el artículo 187 de la Carta y el artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal;

b) Frente al artículo 194, numeral 9 de la Constitución, la Ley 4ª de 1913 y el artículo 186, numeral 6 de la Constitución. "...Está demostrado sin ninguna equivocación que los proyectos de ordenanza como el que nos hemos venido refiriendo, corresponde sólo y exclusivamente al Gobernador del Departamento por mandato soberano de la Constitución y de la ley, por lo tanto la Ordenanza número 22 de noviembre 20 de 1981, está viciada de una nulidad absoluta, pues fue presentada desde su proyecto por funcionarios públicos que no tenían ninguna competencia positiva para proceder de por sí y ante sí y los señores Diputados como empleados públicos tienen la obligación de ceñirse a lo que la ley le señala..."

Sentencia del Tribunal:

Anota que el acto acusado versa sobre temas diferentes, y que si se examina la demanda, "se observa que en ella se ataca en general toda la Ordenanza, con base en unos mismos argumentos...", y cita la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, consistente en que "una jurisdicción rogada solamente puede ocuparse de aquellos puntos que le son sometidos y por las razones en que aparecen fundamentadas en las respectivas acciones", y que "la demanda debe contener la expresión de las disposiciones que se estimen violadas y el concepto de la violación".

Sin embargo, el *a quo*, "por amplitud" como lo manifestó en el fallo materia del recurso, analizó las violaciones que, tuvieron ocurrencia con el acto demandado para concluir en la denegación de las súplicas de la demanda, y al efecto discurre así:

> "El artículo 187, ordinal 8º de la Constitución Nacional dice: 'Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:
>
> "'.....
>
> "'8º Organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años'.

"El artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal, en el numeral 17, fue derogado por la norma de la Constitución Nacional antes citada.

"El Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, señala el término 'organizar' el siguiente significado: 'Dar a las partes de un todo la organización necesaria para que puedan funcionar. Fig. Disponer, establecer, reformar: Organizar un ministerio (Sinón. V. Ordenar). Preparar: Organizar una fiesta. V. r. Tomar una forma regular'.

"Al autorizar la Constitución a las Asambleas Departamentales para organizar las Contralorías Departamentales, sin limitar dicha autorización a lo que disponga la ley, les está dando una autorización sumamente amplia, que abarca todo lo que tenga que ver con el buen funcionamiento de esa entidad, sin importar el campo a que haga referencia.

"Conforme a lo anotado, tenemos entonces que al disponer la Asamblea Departamental en el artículo 1º de la Ordenanza atacada, que la Contraloría General del Departamento del Quindío es un organismo autónomo, con patrimonio independiente, simplemente la está organizando con esas características, para que dicha entidad pueda gozar de cierta independencia frente a la administración, respecto de la cual tiene como función la de fiscalizar su funcionamiento, independencia de tipo económico y funcional. Estima el Tribunal que mediante la citada norma, no puede considerarse se le esté dando a la Contraloría Departamental el carácter de persona jurídica, independiente del Departamento del Quindío, caso en el cual sí se daría violación de normas superiores, pues en parte alguna de la Ordenanza materia de estudio, se hace mención de dicho aspecto (Decreto 1050 de 1968, arts. 5º y 6º).

"Respecto a la creación de cargos a que se refiere el artículo 5º de la mencionada Ordenanza, vemos que al indicar la creación de las Secciones de Contabilidad y Presupuesto, dentro de la estructura administrativa de la Contraloría, simplemente está la Asamblea 'organizando' la estructura de la Contraloría Departamental, como el mismo artículo lo dice, de manera que dicha norma es cumplimiento de una facultad otorgada por la Constitución.

"La creación de dichos cargos no implica erogaciones nuevas o distintas para el erario público, diferentes a las ya existentes, pues como lo señala el parágrafo del mismo artículo, 'el nombramiento de los funcionarios para los cargos creados, se hará de la misma planta interna que actualmente tiene la Contraloría', por lo cual, no se da el requisito de la iniciativa en el gasto público.

"Al estar autorizada la Asamblea Departamental por la Constitución Nacional para organizar la Contraloría Departamental, sin necesidad de iniciativa alguna del Ejecutivo, no se ha violado ninguna de las normas citadas en la demanda con la

expedición de la Ordenanza número 22 de noviembre 20 de 1981 y menos el artículo 97, numeral 5º de la Ley 4ª de 1913, que trata de asuntos completamente diferentes a los relacionados con las Contralorías, lo mismo que el Decreto 2407 de 1981, que trata sobre la elaboración, presentación y ejecución de los presupuestos departamentales" (fls. 36, 37 y 38, cuaderno número 1).

Recurso de apelación:

Lo sustenta el apelante de la siguiente manera:

"1. Como lo señalé en la demanda inicial, considero que la honorable Asamblea del Departamento, violó los artículos 187 numerales 6º y 7º de la Constitución Nacional, el artículo 97 numeral 5º de la Ley 4ª de 1913, pues la Constitución no ha señalado que se pueda organizar la Contraloría Departamental, como organismo descentralizado, pues ella hace parte de todo el engranaje departamental, lo único que le da autonomía es para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, de manera, que para efectos de ser organizada como entidad descentralizada, es necesario que perentoriamente la honorable Asamblea Departamental, esté autorizada previamente por una ley de la República.

"2. Además los señores Diputados en su calidad de empleados públicos, deben ceñirsen (sic) a cumplir la Constitución y la ley, pues obrar en contrario, como en el presente caso, se sitúan en el campo de los particulares" (fl. 39, cuaderno número 1).

Concepto del Ministerio Público:

El señor Fiscal Primero ante esta Corporación en respuesta a lo manifestado por el actor en su recurso de alzada, dice lo que sigue:

"Respecto a la primera, no se considera que la Asamblea haya violado los numerales 6º y 7º del artículo 187 de la Constitución, en primer lugar, porque lo que hizo la duma fue organizar a la Contraloría Departamental no crear un organismo descentralizado como afirma el demandante, y para dichos efectos no se requiere de la iniciativa del Gobernador y, en segundo término por cuanto, como en reiteradas oportunidades lo ha sostenido el Consejo de Estado, respecto de la Contraloría Departamental, 'según el artículo 187 ordinal 8º de la Constitución Nacional le corresponde a la Asamblea, por medio de Ordenanzas, determinar su organización y por lo mismo, crear, fusionar o suprimir los empleos de esa dependencia. En esta forma la Constitución busca garantizar la autonomía de la Contraloría, para que ejerza sin trabas y con plena autonomía, el control fiscal de la administración departamental', lo cual nos prueba que la Ordenanza demandada fue expedida por la Asamblea del Quindío dentro de los parámetros y facultades que a esos organismos co legiados les fija la Constitución Nacional.

"Lo expuesto atrás es igualmente aplicable al segundo de los cargos imputados a la sentencia por cuanto los Diputados de la Asamblea del Quindío al expedir el acto demandado estaban ciñéndose a lo preceptuado por la Carta y por la ley.

"Expuestas bajo esta mira las cosas, este Despacho considera que mediante el recurso interpuesto no se logró socavar la legalidad de la providencia recurrida y, en tal virtud, deberá disponerse la confirmación de la misma" (fls. 11 y 12).

Consideraciones:

1. Dispone el artículo 187, ordinal 6º de la Carta Política que corresponde a las Asambleas a iniciativa del Gobernador crear "los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley".

La Ordenanza número 022 cuestionada no crea ninguno de los entes a que el texto anterior se refiere. Mas de todos modos observa la Sala que siendo las Contralorías Departamentales dependencias del Departamento porque están insertas en la misma estructura administrativa de estas, no es dable concebirlas como organismos "autónomos" con patrimonio "independiente", como se dice en los artículos 1º y 2º de dicho acto ordenanzal y por este aspecto la Sala decretará la anulación correspondiente.

2. Previene el artículo 187, ordinal 7º que corresponde también a las Asambleas "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del Departamento, con base en el proyecto presentado por el Gobernador y *de acuerdo con las correspondientes normas legales...*" (Subraya la Sala).

El artículo 6º de la Ley 6ª de 1958 prescribe que "las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder, en ningún caso y para cada Departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos".

Efectuada una comparación entre, de un lado el artículo 3º, inciso 1º y también su parágrafo 2º y el artículo 7º de la Ordenanza 022 y del otro, los artículos 187, ordinal 7º de la Carta Política y 6º de la Ley 6ª de 1958, surge de una manera indiscutible el quebrantamiento por aquellos de estos, porque el 2% de apropiación con destino a la Contraloría Departamental debe aplicarse únicamente al presupuesto del Departamento y no incluir también como indebidamente se hace en los artículos 3º, inciso 1º y su parágrafo 2º y 7º de la Ordenanza, el mismo porcentaje para "los municipios, las entidades descentralizadas del orden departamental y las entidades que reciban aportes departamentales".

Luego esta intromisión en los presupuestos de estas últimas entidades es ilegal e inconstitucional y por ello había de declararse la correspondiente nulidad.

Esta ha sido la posición doctrinaria reiterada del Consejo de Estado, recogida en muchas sentencias, entre las cuales se mencionan las de 15 de junio de 1984 (Expediente número 4399) y 6 de septiembre de 1985 (Expediente número 4979) de la Sección Primera.

Por último, en lo que respceta a los empleos a que se contrae la Ordenanza 022, el nombramiento de los funcionarios para llenarlos se hace de entre la misma planta interna de la Contraloría, según lo prevé su artículo 5º, luego lo que se persigue es tecnificar su estructura administrativa con esas Secciones de Contabilidad y Presupuesto.

En el sentido antes indicado se proveerá en este fallo, tras de revocar el del *a quo*.

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

Falla:

1º Revócase la sentencia de 29 de julio de 1986 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento del Quindío y en su lugar se dispone:

Decrétase la nulidad de las siguientes normas de la Ordenanza número 022 de 20 de noviembre de 1981 expedida por la Asamblea Departamental del Quindío:

a) Del artículo 1º las locuciones "autónomo" e "independiente";

b) Todo el artículo 2º;

c) Del artículo 3º las siguientes expresiones: "Los municipios, las entidades descentralizadas del orden Departamental y Municipal y las entidades que reciban aportes departamentales y por tanto deban someterse a la fiscalización por parte de la Contraloría General del Departamento".

Y su parágrafo 2º, que dice:

"Cada vez que se produzcan adiciones en los presupuestos de las entidades enunciadas en el presente artículo la Contraloría tendrá derecho al cobro del aporte correspondiente en la misma proporción";

d) Del artículo 7º la frase: "Tanto"..."los institutos descentralizados, como los municipios y..."

2º Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la Sala de veintitrés (23) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Victor M. Villaquirán, Secretario.

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES. "INVERSIONES Y PARTICIPACION DE FONDOS DEPARTAMENTALES".

Las que versen sobre esos puntos deben tener iniciativa por parte del Gobernador (art. 187, numerales 5 y 7 de la C. N.).

RECURSO DE APELACION.

El superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso (art. 357 del C. de P. C.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Proyectó: Doctor Antonio José Arciniegas A., Abogado asistente.

Referencia: Expediente número 2676. Actor: José María Pacheco Céspedes.

Se decide el recurso de apelación, interpuesto por el señor Gustavo Gutiérrez de Piñeres contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 16 de mayo de 1986.

Antecedentes:

José María Pacheco Céspedes formuló demanda, en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, para impetrar la declaración de nulidad de las Ordenanzas números 002 de noviembre 25 de 1980 y 021 de noviembre 30 de 1984 de la Asamblea Departamental del Cesar.

En la demanda se relataron los siguientes *hechos:*

"1º Mediante la Ordenanza 002 de noviembre 25 de 1980, la Asamblea Departamental del Cesar dispuso el aumento automático de los sueldos del señor Gobernador del Departamento, del Contralor General y Contralor Auxiliar General del Departamento, del Auditor Interno de la Contraloría, de los Secretarios del Despacho de la Gobernación, de los Gerentes de los institutos descentralizados del orden departamental, y de los honorables Diputados de la Asamblea Departamental.

"2º El parágrafo del artículo 1º de la Ordenanza 002 de 1980 dispuso que: "Los sueldos de los honorables Diputados, del señor

Gobernador y del Contralor General del Departamento del Cesar serían, a partir del 1º de octubre de 1981 y años subsiguientes, los mismos emolumentos que devenguen los honorables miembros del Parlamento colombiano, previa certificación expedida por el pagador de la Cámara de Representantes donde se indique la cuantía de dichos emolumentos'.

"3º En noviembre 30 de 1984, la honorable Asamblea Departamental aprobó la Ordenanza 021, por la cual se modificó el parágrafo del artículo 1º de la Ordenanza 002 de 1980, ordenando que los sueldos de los honorables Diputados, del señor Gobernador y del Contralor General del Departamento del Cesar serían, a partir del 1º de enero de 1985, los mismos que estuvieren devengando los honorables miembros del Parlamento colombiano" (fl. 6, cuaderno 2).

En la demanda se relacionaron las normas violadas y el concepto de su violación de la manera siguiente:

"Por razón del artículo 1º de la Ordenanza 002 de noviembre 25 de 1980 y su parágrafo, y el artículo 1º de la Ordenanza 021 de noviembre 30 de 1984, se han violado, el artículo 190 en concordancia con el artículo 194 —atribución 9ª—, y el artículo 187 —ordinal 5º— de la Constitución Nacional, y el artículo 1º del Decreto 2407 de 1981.

"Para todo funcionario o persona que devengue alguna suma de dinero a cargo del Tesoro departamental, es aplicable la norma contenida en el artículo 194 —atribución 9ª— de la Constitución Nacional, es decir, que cuando dicha norma estatuye la obligación de 'fijar emolumentos', está indicando de manera perentoria que esa determinación de fijar la asignación debe tener carácter preciso y concreto, expresando una cantidad para cada cargo, no sólo cuando el señor Gobernador lo hace respecto de los empleados departamentales, sino cuando la Asamblea lo realiza, dentro de los límites legales, en relación con los diputados y demás empleados de la duma.

"No es factible ni para el señor Gobernador ni para la Asamblea Departamental, sin violar las normas constitucionales señaladas, asignar emolumentos o sueldos para empleados y diputados que no tengan el carácter de una cuantía determinada y precisa. Lo dicho quiere decir que, no se puede asignar un sueldo o emolumento en favor de un diputado o empleado, en forma abstracta, imprecisa o sin cuantía fija; y menos con un carácter de un aumento sometido al querer o voluntad de otra entidad pública, como lo es el Congreso. Cuando así se ha procedido, como en el caso del parágrafo del artículo 1º de la Ordenanza 002 de noviembre 25 de 1980, y el artículo 1º de la Ordenanza 021 de noviembre 30 de 1984, se incurre en violación expresa y clara de las normas constitucionales citadas. Artículo 194, atribución 9ª; artículos 187 —ordinal 5º—.

"Por otra parte, las Ordenanzas cuya nulidad se pide, violan igualmente el artículo 1º del Decreto 2407 de 1981, por cuanto si el presupuesto es un acto administrativo en el que el Gobierno

Departamental computa anticipadamente las rentas e ingresos, y asigna partidas para los gastos públicos dentro de un ejercicio fiscal —conforme a planes y programas concretos del Departamento—, la determinación o emolumentos en forma abstracta e imprecisa, impide en forma absoluta la conformación regular del presupuesto departamental.

"Las Ordenanzas demandadas que determinan sueldos y gastos de representación a los empleados de la Gobernación y a los señores Diputados, violan de manera ostensible las normas constitucionales señaladas al principio, ya que todo acto administrativo emitido por la Asamblea, de éste tenor, requiere la previa iniciativa del señor Gobernador, quien así mismo obraría inconstitucionalmente si, obedeciendo autorizaciones de la Asamblea, procediera a aumentar los sueldos de los empleados departamentales, si tal autorización no se hubiera originado a iniciativa del gobernante, tal como lo prescribe de manera terminante el numeral 5º del artículo 187 de la Constitución Nacional" (fls. 6, 7 y 8).

La primera instancia del proceso fue tramitada en el Tribunal Administrativo del Cesar hasta culminar con la sentencia del 16 de mayo de 1986, en la cual se resolvió no declarar la nulidad de la Ordenanza número 002 de noviembre 25 de 1980 de la Asamblea Departamental del Cesar, pero sí declarar la nulidad de la Ordenanza 021 de noviembre 30 de 1984 expedida por la misma Asamblea.

Dicha sentencia se fundamentó en las consideraciones siguientes:

Que la Ordenanza 002 de noviembre 25 de 1980, por implicar un gasto público, ha debido tener origen en la iniciativa del Ejecutivo, de conformidad con el artículo 187, numeral 5 de la Constitución Política y, esa iniciativa se presume porque el señor Gobernador del Departamento sancionó la Ordenanza habida consideración de que ella no infringía norma alguna constitucional o legal, teniéndose en cuenta, además, que el demandante no aportó la prueba de que esa Ordenanza tuviera origen en la misma Asamblea y no en el Ejecutivo.

En cuanto a la Ordenanza 021 del 30 de noviembre de 1984, consideró el Tribunal que, se violó el numeral 9 del artículo 194 y el numeral 5 del artículo 187 de la Constitución Nacional, debido a que esa Ordenanza conlleva gasto público y tuvo origen en la Asamblea Departamental pero no en la iniciativa del Ejecutivo "como consta en el concepto emitido por el Jefe de la Oficina Jurídica cuando expresó que como el 'proyecto dispone inversiones de fondos departamentales, es claro que su iniciativa debió provenir del Gobernador del Departamento, y no de la Duma, por mandato expreso de nuestra Carta Fundamental' (fls. 29-30). El Gobernador del Cesar acogió el concepto de la Oficina Jurídica y objetó el proyecto de Ordenanza 021 de noviembre 30 de 1984 por ilegal e inconstitucional (fls. 31-32)".

Contra la sentencia del Tribunal, el ciudadano Gustavo Gutiérrez de Piñeres interpuso recurso de apelación, apoyado en las razones siguientes:

"Baso mi apelación en el artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal que faculta ampliamente a las Asambleas Departamentales para regular toda la administración departamental y especialmente para organizar a las Contralorías departamentales. La Asamblea del Cesar al expedir la Ordenanza 021 que se pretende anular lo que hizo fue darle aplicación, desarrollo al artículo 197 de la Constitución Nacional.

"También se debe tener en cuenta que la Ordenanza 021 de 1984 obedece a la necesidad de enaltecer, de dignificar el cargo de Contralor Departamental. Es una Ordenanza de conveniencia para el Departamento, ya que un funcionario público con un buen sueldo está menos expuesto a las tentaciones de las intrigas, componendas y ofertas de sobornos" (fl. 63, cuaderno 2).

El señor Agente del Ministerio Público, en su concepto de fondo de la segunda instancia, solicitó la confirmación de la sentencia apelada, no teniendo en cuenta las argumentaciones del apelante, por las razones siguientes:

"El señor Gustavo Gutiérrez de Piñeres, en memorial visible al folio 63, expresa que interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal 'dentro del proceso de nulidad presentado por el Gobernador del Cesar contra la Ordenanza de la Asamblea Departamental del Cesar distinguida con el número 021 de 30 de noviembre de 1984'.

"La Fiscalía considera que la apelación deberá limitarse al punto relacionado con la Ordenanza número 21 que fue motivo de anulación por parte del Tribunal de primera instancia, dejando intacta la decisión en cuanto a la Ordenanza número 002, en razón de que la parte actora no apeló del fallo y tampoco fue cuestionada por el apelante.

"Ahora bien, el recurrente manifiesta que apoya su apelación en el artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal que faculta a las Asambleas Departamentales 'para regular toda la administración departamental y especialmente para organizar a las Contralorías Departamentales. La Asamblea del Cesar al expedir la Ordenanza 021 que se pretende anular lo que hizo fue darle aplicación, desarrollo al artículo 197 de la Constitución' (fl. 63).

"Este Despacho considera que el planteamiento anterior carece de la suficiente claridad. En efecto, el artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal, citado, determina las funciones de las Asambleas en 43 numerales, y como no se indicó a cuál o cuáles de estos numerales quiso referirse, resulta imposible su análisis, por la diversidad de funciones que tienen las Asambleas.

"De otro lado, el artículo 197 de la Constitución Nacional, también citado por el recurrente, se refiere a las atribuciones que tienen los Concejos Municipales, norma que nada tiene que ver con el caso de autos, donde se demandan unas Ordenanzas proferidas por la Asamblea Departamental del Cesar" (fls. 12 a 13, cuaderno 1).

Tramitado el proceso legalmente, sin que se observe causal alguna de nulidad, se pasa a resolver, previas las siguientes *consideraciones:*

Primeramente, la Sala acepta la consideración de la Fiscalía de que "la apelación deberá limitarse al punto relacionado con la Ordenanza número 21 que fue motivo de anulación por parte del Tribunal de primera instancia, dejando intacta la decisión en cuanto a la Ordenanza número 002, en razón de que la parte actora no apeló del fallo y tampoco fue cuestionada por el apelante".

Asiste la razón al señor Fiscal, puesto que, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, que determina la competencia del superior, "la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso".

La Ordenanza número 021 de noviembre 30 de 1984 de la Asamblea Departamental del Cesar, ordenó:

> "*Artículo primero:* El parágrafo del artículo primero de la Ordenanza número 002, del 25 de noviembre de 1980, quedará así: Los honorables Diputados, los señores Gobernador y Contralor General del Cesar, devengarán a partir del primero (1º) de enero de 1985, los mismos emolumentos que devengan los honorables Miembros del Parlamento colombiano, previa certificación expedida por el Pagador de la Cámara de Representantes, donde se indique la cuantía de dichos emolumentos.
>
> "*Artículo segundo:* El Gobernador del Departamento queda autorizado para efectuar todas las operaciones presupuestales necesarias, en la vigencia fiscal de 1985, para el estricto cumplimiento de lo preceptuado en el artículo anterior, de la presente Ordenanza.
>
> "*Artículo tercero:* La presente Ordenanza rige a partir de la fecha de su sanción y promulgación" (fl. 4, cuaderno 2).

El señor Gobernador del Departamento del Cesar no sancionó, sino objetó en todas sus partes tal Ordenanza por ilegalidad e inconstitucionalidad, acogiendo el concepto jurídico emitido por la Oficina Jurídica del Departamento, que recomendó esa objeción al conceptuar que, "es violatoria del numeral séptimo (7º) del artículo 187 de la Constitución Nacional, ya que 'las Ordenanzas que decreten inversiones y participación de fondos departamentales; las que decreten cesiones de bienes y rentas del Departamento y las que creen servicios a cargo del mismo o los traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador'. Como este Proyecto dispone inversiones de fondos departamentales, es claro que su iniciativa debió provenir del Gobernador del Departamento, y no de la Duma, por mandato expreso de nuestra Carta Fundamental" (fls. 31 y 32, cuaderno 2).

De acuerdo con esa objeción del señor Gobernador del Departamento del Cesar, el Tribunal en la sentencia apelada consideró que la Ordenanza 021 de noviembre 30 de 1984 ha debido tener origen en la iniciativa del Gobernador y no de la misma Asamblea.

Que esa Ordenanza tuvo origen en la iniciativa de los Diputados y no del señor Gobernador, se infiere no sólo del mencionado concepto de la Oficina Jurídica del Departamento, sino de los documentos que obran en los folios 40 a 42.

La Ordenanza cuestionada ha debido tener origen en la iniciativa del Gobernador del Departamento, según el tenor literal del artículo 187, ordinales 5 y 7 de la Constitución Nacional que expresan:

"Artículo 187. Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

"....

"5º Determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo.

"....

"7º Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del Departamento, con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales. En todo caso, las ordenanzas que decreten inversiones y participaciones de fondos departamentales; las que decreten cesiones de bienes y rentas del Departamento y las que creen servicios a cargo del mismo o las traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador".

La Ordenanza número 021 de noviembre 30 de 1984 determinó, sin la iniciativa del Gobernador, una escala de remuneración para los honorables Diputados y los señores Gobernador y Contralor General del Cesar, a partir del 1º de enero de 1985, debiendo esos emolumentos ser satisfechos con inversión de fondos departamentales.

En consecuencia, por no haber sido expedida esa Ordenanza a iniciativa del Gobernador, se quebrantó el artículo 187, ordinales 5 y 7 de la Constitución Nacional y debe ser declarada nula, tal como fue decidido en la sentencia apelada, que debe ser confirmada.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

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

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

COMUNICACIONES DE LA ADMINISTRACION:

No constituyen actos administrativos, SI NO TIENEN CAPACIDAD DE PRODUCIR EFECTOS JURIDICOS.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 645. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de 30 de abril del presente año, dictado por el Tribunal Administrativo del Quindío y mediante el cual inadmitió la demanda contra el Oficio número 667 de 1987 suscrito por el Secretario General de la Contraloría del Quindío.

Para resolver se considera:

El texto demandado dice: "Armenia, abril 15 de 1987. Señores Compañía La Previsora S. A., Armenia. Cordialmente me permito solicitarles, se sirvan expedir una póliza a favor del Departamento del Quindío, en cuantía de $ 200.000.00 (doscientos mil pesos M/cte.), a nombre del señor Jorge Fernando Laverde Quiñones, Auxiliar de Agencia de la Subsección de Almacén de la Sección de Rentas y Bienes del Departamento, amparándolo en el manejo de fondos. Atentamente, Humberto Marulanda Flórez - Secretario General".

Tiene razón el *a quo* en su razonamiento y en la invocación que hace de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para concluir que el Oficio transcrito no es un acto administrativo, por cuanto, evidentemente no reúne los requisitos que para ser tal establecen la doctrina, la jurisprudencia y el texto del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo en su inciso segundo. En efecto, la comunicación enviada por la Contraloría a la compañía de seguros, no tiene la virtualidad, por sí misma, de producir efectos jurídicos, ni constituye una conducta capaz de crear situación jurídica alguna, pues que se dirige a provocar una acción o comportamiento [illegible], ajeno a la administración, de donde puede deducirse que no participa, por tanto, de la naturaleza del acto administrativo.

Pero aún aceptando, en gracia de discusión, que el oficio de marras fuera acto administrativo, su contencioso no sería el de nulidad sino el de restablecimiento del derecho, gobernado por el artículo 85 del

Código Contencioso Administrativo y no por el 84 como pretendió hacerlo el demandante al instaurar su demanda en nombre propio y no en el de Jorge Fernando Laverde Quiñones o en el Departamento del Quindío, personas a las cuales se refiere el Oficio 667 de 1987 expedido por la Contraloría Departamental. De manera que, por este otro aspecto, y teniendo en cuenta la fecha de esta providencia, tampoco sería admisible la demanda, toda vez que han transcurrido más de cuatro meses desde el 15 de abril del presente año, fecha de expedición de la póliza de seguro individual por parte de la Compañía La Previsora, hasta hoy, asumiendo que ese día fue comunicado el Oficio materia de la demanda. Transcurrido ese plazo, la acción habría caducado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Confirma el auto apelado.

Notifíquese y 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 veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

AVALUO CATASTRAL. EL ACTO QUE LO MODIFICA DEBE MOTIVARSE, AL MENOS SUMARIAMENTE. SU INOBSERVANCIA IMPLICA NULIDAD.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 418. Actor: Sociedad "La Angelita Ltda.".

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de enero 17 de 1986 dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda en este proceso sobre nulidad de la Resolución número 66-001-227-84 de 18 de diciembre de 1984 proferida por la Oficina Seccional de Catastro de Risaralda.

Antecedentes:

En libelo presentado el 7 de mayo de 1985 solicitó la sociedad "Angelita Limitada", a través de apoderado, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Se decrete la nulidad de la Resolución número 66-001-227-84 de 1984 expedida por la Oficina Seccional de Catastro de Risaralda, con fecha 18 de diciembre de ese año, en lo correspondiente a los cambios que ordena inscribir en el Catastro del Municipio de Pereira y con respecto del predio distinguido con el número predial 01-06-017-0001-000 de propiedad de mi mandante, la sociedad comercial 'Angelita Limitada', cambios estos detallados minuciosamente en el numeral 4º de los 'hechos y omisiones', de esta demanda.

"2. Que, como consecuencia, de la nulidad impetrada se ordene a la Oficina Seccional de Catastro de Risaralda cancelar todas las inscripciones catastrales ordenadas por la Resolución que se impugna y se restablezca el avalúo catastral dado al predio, antes de modificarse por el acto administrativo acusado".

La anterior pretensión se fundamenta en los hechos que a continuación se compendian:

a) La sociedad demandante es propietario y poseedora material de un lote de terreno ubicado en la ciudad de Pereira, que por su dirección, cabida y linderos se describe en los hechos;

b) Al predio en cuestión se le asignó el número predial 01-06-017-0001-000, habiéndosele expedido a la actora paz y salvo el día 7 de junio de 1984 con validez hasta el 30 de enero de 1985, en el cual consta un avalúo de $ 668.000.00;

c) Con fecha 18 de diciembre de 1984 la Seccional de Catastro de Risaralda, por conducto de su "Jefe" o Director, expidió la resolución acusada, "*...por la cual se ordenan unos cambios en el Catastro del Municipio de Pereira (001) y ordena la inscripción en el Catastro del Municipio de Pereira de los siguientes cambios:...*" En la página 2 de la citada Resolución y en lo estrictamente relacionado con el predio de mi mandante, aparece en el 4º renglón —3º por el extremo izquierdo—, lo siguiente: "Columna: *Mutación.* Clase '2' Número '8724'. 'C' (significa '*cancelar*'). Columna: *Predio.* Número predial '01-06-017-0001-000'. Columna: *Propietario.* Nombre 'Ossa Merino Henry' (sic). Columna: *Avalúo catastral* ($) '668.000'. En el 5º renglón —4º por el extremo izquierdo—, de la misma página 2, se lee lo siguiente: Columna: *Mutación.* Clase '2'. Número '8724'. 'I' (significa '*inscribir*'). Columna: *Predio.* Número predial '01-06-017-0001-000'. Columna: *Propietario.* Número '01'. *Nombre* 'Angelita Limitada'. Documento identificación 'número 91408981'. Columna: *Nombre o dirección del predio.* 'C 17 K 24 y 25 Salida a Armenia'. Columna: *Area.* M2 '11280'. Columna: *Avalúo catastral.* ($) '11.333.000.00'. Columna: *Vigencia.* Día '22' Mes '10' Año '81'. *NOTA:* Se reajusta el avalúo del predio con retroactividad, o sea, a partir del 22 de octubre de 1981, y sin motivo, estudio o análisis en la formación catastral del mismo se incrementa en $ 10.665.000.00 correspondiente al 1.696.56%, o sea, la diferencia entre $ 11.333.000.00 y $ 668.000.00, que tenía antes de la vigencia del que se observa. En el 6º renglón de la citada página 2, extremo derecho, aparece lo siguiente: Columna: *Area. Area construida* 'Decreto 3745 de 1982'. Columna: *Avalúo catastral* ($) '12.466.000.00'. Columna: *Vigencia.* Día '01' Mes '01' Año '83'. *NOTA:* Se reajusta el avalúo inmediatamente anterior, con retroactividad, es decir, con vigencia al 1º de enero de 1983";

d) "A más de carecer en absoluto de motivación, la Resolución impugnada adolece de otros vicios de forma, tales como: a) El ser expedida por el '...Jefe de la Oficina Seccional de Catastro...' y estar suscrita y ejecutada por el 'Jefe de la Oficina de Conservación', ante quien se concede el recurso de reposición y no ante aquél que la profiere, según el encabezamiento (Verº art. 8º Resolución); b) Carecer de los artículos 1º a 7º, inclusive y ordenar unos cambios y su inscripción en el catastro, sin texto lógico alguno que disponga lo uno y lo otro y en qué consiste el cambio";

e) "A la actora le fue imposible agotar la vía gubernativa, porque no se le notificó, ni personalmente ni por edicto, la Resolución a que nos hemos referido, ni tampoco se iniciaron ni agotaron los medios para hacer la notificación personal en la forma que lo establece el inciso 3º del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo".

Como normas violadas se citan:

"a) *En cuanto a la falta o irregularidad de la notificación del acto administrativo acusado,* se han violado los siguientes ordenamientos:

Artículo 26 de la Constitución y 3º del Código Contencioso Administrativo, artículos 43 a 48, inclusive, del Código Contencioso Administrativo, artículos 62 del Código de Régimen Político y Municipal y 121 del Código de Procedimiento Civil;

"b) *En cuanto a la falta de motivación del acto acusado,* se han violado las siguientes disposiciones legales: Artículos 35 y 36, en concordancia con el 59 y 84 del mismo ordenamiento;

"c) *En cuanto a las decisiones contenidas en el acto administrativo acusado por falta o falsa fundamentación* se han violado o desconocido las siguientes normas: Artículos 214 y 215 de la Constitución, artículos 9º y 14 de la Ley 153 de 1887. Artículos 17 del Código Civil y 60 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal".

El concepto de la violación será más adelante objeto de estudio.

Impulsado el proceso y agotada su tramitación, puso el *a quo* fin a la instancia con su sentencia de enero 17 de 1986, mediante la cual "por no haberse agotado la vía gubernativa el Tribunal se inhibe para fallar sobre el fondo del asunto debatido en autos", decisión que sustentó así: "En el caso de la Resolución enjuiciada el recurso de reposición no era de obligatoria interposición, pero sí el de apelación, que el mismo acto ofrece. Seguramente la Administración habría inadmitido el recurso al interponerse dentro de los cinco días siguientes al 28 de marzo de 1985, fecha que en la demanda se acepta como la de conocimiento del acto, alegando, repetimos, extemporaneidad en la interposición del recurso, pero, interponiéndolo, la actora habría satisfecho las exigencias de los artículos 62, 63 y 135 del Código Contencioso Administrativo".

Contra el anterior pronunciamiento interpuso la actora el recurso de apelación.

Sustentación del recurso:

En su alegato sustentatorio del recurso, reitera el actor sus reparos a la forma como fue notificado el acto acusado, aduciendo que en razón de las deficiencias que anota, "la administración no dio la oportunidad de ejercer los recursos existentes contra la providencia acusada en su oportunidad debida", por lo cual "era procedente ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa, como claramente lo señala el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, numeral 2º. . ." Agrega que por consiguiente el Tribunal ha debido fallar sobre el fondo del asunto. Haciendo luego énfasis en los aspectos de la falta de motivación de la providencia enjuiciada y en la indebida aplicación de una norma que ya había cesado de regir, dice sobre este último tópico:

"Otra de las situaciones contempladas en este proceso, es que el acto administrativo acusado, está basado, para los efectos del cambio o modificación del catastro en relación con el predio de propiedad de la sociedad que represento, en el Decreto 3745 de 1982, que fue declarado inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia, en virtud de la sentencia de fecha 7 de marzo de 1983.

"De consiguiente, si dicho precepto desapareció de la vida jurídica y el acto acusado se apoyó en el mismo para modificar y reajustar los avalúos existentes sobre el citado predio, no puede hoy en día tener aplicación, ni el Decreto ni su desarrollo, dados los efectos de la sentencia de inexequibilidad, pues el acto declarado inconstitucional no tiene aplicación futura, ni se pueden reconocer sus consecuencias, de manera que las cosas deben volver al mismo estado en que se encontraban con anterioridad, como si ellos no hubieran existido, como lo ha reconocido el honorable Consejo de Estado al tratar lo relativo a los efectos de la inexequibilidad de las normas".

Alegatos de las partes:

Dentro del término contemplado en el inciso 5º del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, presentaron tanto el actor como el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" sendos alegatos. El primero se reafirma en sus planteamientos, en el sentido de que debe proferirse decisión de fondo, acorde a las pretensionse de la demanda. Por su parte el impugnador afirma que sí se hizo por parte de la Seccional de Catastro la notificación en debida forma del acto acusado y que de todos modos "la sociedad demandante no interpuso los recursos establecidos en la ley para la vía gubernativa", lo cual justifica el sentido del fallo recurrido. Añade que "el acto administrativo sí tiene motivación, la cual está dada en forma sumaria dentro del texto mismo del acto". Agrega que "la aplicación del Decreto 3745 de 1982 no fue hecha como dice el demandante en la Resolución número 66-001-227-84, pues para la época de esta Resolución el citado Decreto no estaba vigente, había sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia. En realidad de verdad, la aplicación del Decreto 3745 de 1983 se produjo con la Resolución 66-000-398-82 de 30 de diciembre de 1982, o sea cuando el Decreto mencionado estaba completamente vigente, porque aún no había fallo de la Corte sobre su exequibilidad". Añade que cuando se produjo la Resolución 66-0001-227-84, no se hizo otra cosa que reconocer "la situación ya consolidada mediante la Resolución 66-000-398-82".

Concepto fiscal:

Sostiene el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo: "El acto acusado es un verdadero acto administrativo como en efecto lo es, susceptible de los recursos de que trata el Título II del Libro Primero del Decreto 01 de 1984, pero la Administración por sus omisiones y actuaciones irregulares durante el término de notificación no dio la oportunidad de interponerlos". De lo anterior concluye que se debe revocar la sentencia apelada, para en su lugar entrar al "estudio de fondo de los cargos imputados al acto controvertido". Dice luego el colaborador fiscal que el Decreto-ley 3745 de 1982, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 7 de marzo de 1983, "sirvió de génesis para producir la modificación del avalúo catastral del predio 01-06-017-0001-000 de la actora (art. 5º, mutación 8724, Resolución 66-001-227-84), con variaciones que cobijan retroactivamente dichos nuevos avalúos o modificaciones a partir de enero 1º de los años 1983, 1984 y 1985, no obstante ella haber sido

expedida el 18 de diciembre de 1984". De lo anterior se concluye que debe declararse la nulidad de la Resolución número 66-000-227-84 impugnada por la actora.

Consideraciones de la Sala:

El primer aspecto que debe ponerse en claro es el relativo al agotamiento de la vía gubernativa, que al decir del Tribunal de conocimiento no operó, con las consecuencias de la decisión de inhibición plasmada en el fallo recurrido.

El acto recurrido no consiste en el hecho material de la inscripción del nuevo avalúo catastral, como equivocadamente lo ha sostenido en el curso del proceso la parte demandada para pretender que la inscripción y la notificación son coetáneas, sino la Resolución número 66-001-227-84 de 18 de diciembre de 1984 que determinó los nuevos avalúos y ordenó "la inscripción en el Catastro del Municipio de Pereira de los siguientes cambios...", según reza el encabezamiento de la providencia (Ver fl. 2). Y como en la parte final del acto en cuestión (fl. 6) se dispone su notificación mediante las modalidades de edicto o notificación personal, a lo decidido allí hay que estar. Sostener *a posteriori* lo contrario implicaría variar las reglas del juego, en detrimento de los más elementales principios de defensa y de controversia de los actos administrativos.

Ahora bien, consta a dicho folio 6º que la Resolución acusada fue notificada mediante edicto fijado el día 27 de diciembre de 1984. Mas ocurre que esta modalidad de notificación sólo puede tener lugar cuando "no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la notificación", según el claro e imperativo texto del artículo 45 del Código Contencioso Administrativo. Y el inciso 3º del artículo 44 *ibídem* ordena que "para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél (el interesado) haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío de la citación se anexará al expediente". A esta norma no se dio cumplimiento por parte de la Seccional de Catastro, según lo admite expresamente el Director y apoderado de la demandada en el curso de la inspección judicial llevada a cabo el día 18 de septiembre de 1985. Dice en efecto dicho funcionario al final del folio 90: "En lo que respecta a las diligencias que debía adelantar la oficina para enterar al propietario del predio 01-6-017-001, la Oficina no encontró procedente llevar a cabo... ninguna diligencia, toda vez que los demandantes estaban enterados de los movimientos o cambios que se iban a producir en sus predios". Ninguna circunstancia excusaba la práctica de las "diligencias" mencionadas. Se trata aquí de una norma procedimental de ineludible cumplimiento, cuya inobservancia es sancionada por el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo así: "Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión".

Si por consiguiente la providencia acusada no le fue debidamente notificada al interesado, éste, al no poderse enterar de su contenido

oportunamente, no pudo en rigor interponer contra ella el recurso de apelación. Y no estaba obligado a hacerlo extemporáneamente, como lo pretende el *a quo*, pues en tal momento ya se hallaba frente a la Administración ejecutoriado el acto y por ende agotada la vía gubernativa.

Podía acudir el actor ante la jurisdicción contencioso administrativa, por haberse dado la previsión contenida en el ordinal 2º del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo: "Que las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes". Al caer por su base la premisa que sirvió de sustento jurídico al fallo inhibitorio, éste habrá de revocarse en su integridad, y en su lugar la Sala procederá a fallar sobre el fondo del asunto debatido.

La Resolución acusada ordena, como ya se dijo, la inscripción en el Catastro de Pereira de varios cambios. En lo que respecta al predio 01-06-017-0001-000 de propiedad de "Angelita Limitada", los cambios se refieren a mutaciones en el avalúo por los años de 1981, 1983, 1984 y 1985. En la página número 2 de la Resolución (fl. 3 del expediente), se aprecia la modificación del avalúo de $ 668.000.00 a $ 11.333.000.00, con vigencia a partir del 22 de octubre de 1981. Ni en esta hoja, ni en parte alguna del contexto de la Resolución se suministra la más mínima explicación del porqué de este considerable reavalúo catastral, ni se cita la norma que lo autorizaría, como sí se hace con respecto de otros años. La motivación que exige la norma es el acto que da a conocer adecuadamente al ciudadano los motivos de las decisiones oficiales, que en ningún caso pueden obedecer al mero capricho o arbitrio. Y es el debido conocimiento de los fundamentos fácticos y jurídicos de las determinaciones de la administración la circunstancia que le permite ejercer el derecho constitucional de cuestionarlas mediante los diversos recursos y acciones previstos en la vía gubernativa y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, para efectos del presente fallo no se tiene en cuenta este aspecto formal de la motivación sumaria de la Resolución sino del fundamento mismo que se originó con respecto al predio la Angelita Ltda.

En el escrito de contestación de la demanda, a folio 80, dice la parte impugnadora que "mediante el acto administrativo impugnado, expedido de conformidad con las normas técnicas de la Resolución 660 de 1984 le dio aplicación al inciso segundo del artículo 10 del Decreto 3496 de 1983 y con este fundamento acogió el avalúo catastral de $ 11.333.000.00, tal como fue asignado en la adjudicación que se efectuó en el proceso divisorio tramitado ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira..." Tal explicación o "motivación" ha debido darse, "al menos en forma sumaria" en el cuerpo mismo de la Resolución que decretó la inscripción del nuevo avalúo. Como tal exigencia legal no fue satisfecha, se impone la declaratoria de nulidad de la Resolución acusada, en lo que respecta a este primer aspecto de la demanda.

Para el año de 1983, aparece en la citada página 2 de la Resolución acusada y con vigencia a partir del 1º de enero de dicho año, un avalúo de $ 12.466.000.00, cuantificación que se sustenta en el Decreto

3745 de 1982. Expresa al respecto el impugnador en el escrito de contestación de la demanda: "Confirmo el Decreto 3745 de 1982 el avalúo mencionado (se refiere al de $ 11.[illegible] correspondiente a 1981) fue reajustado en el 15% por la Junta de Avalúos del Departamento de Risaralda y así se determinó mediante la Resolución número 66-000-398-82 del 30 de diciembre de 1982 que dio aplicación a la mencionada norma, la cual se hallaba vigente en dicho momento".

En efecto, el Decreto 3745 de 25 de diciembre de 1982, "por el cual se dictan normas sobre catastro y otras disposiciones" fue declarado "inexequible por ser contrario a la Constitución, mediante sentencia de 7 de marzo de 1983, visible a páginas 356 y siguientes de la publicación 'Foro Colombiano' del mes de abril del mismo año". Ahora bien, la susodicha Resolución número 66-000-398-82 de diciembre 30 de 1982, cuya copia obra a folio 77 dispone en su artículo 1º: "Ordénase el reajuste de los avalúos de los predios adscritos a la Seccional de Catastro de Risaralda en un 15% anual acumulativo, según lo que trata el artículo 1º del Decreto 3745 de 1982 con un período máximo de 15 años". Sostener, como lo hace la parte impugnadora, que la Resolución número 66-0001-227-84, al ordenar la inscripción del nuevo avalúo de $ 12.466.000.00 se limitó a reconocer "la situación ya consolidada mediante la Resolución 66-000-398-82", implica un rotundo desconocimiento de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia con autoridad de cosa juzgada en su sentencia de 7 de marzo de 1983. El avalúo del predio de que se trata, por el año de 1983, se decretó mediante la Resolución acusada, número 66-0001-227-84 y no mediante la número 66-000-398-82 como erróneamente lo plantea la parte demandada. Forzoso corolario de todo lo anterior es el de que, al fundamentarse el acto acusado, en lo que atañe al avalúo de que se trata, en una norma en ese momento declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, se incurrió en quebranto del artículo 214 de la Constitución Nacional, norma que confía a dicha Corporación "la guarda de la integridad de la Constitución". Por consiguiente habrá de declararse la nulidad de la acción en estudio.

El avalúo del predio de "Angelita Limitada", fue determinado a partir del 1º de enero de 1984 en la suma de $ 13.608.000 y modificado a partir del 21 de junio del mismo año en $ 10.291.000.00, según se aprecia claramente en las hojas 2 y 3 de la Resolución acusada. Y a partir del 1º de enero de 1985 el nuevo avalúo quedó en la suma de $ 11.790.000.00. Los citados avalúos se apoyan respectivamente, en los Decretos 3050 de 1983 y 2678 de 1984. La razón de ser de estos avalúos se explica así en la contestación de la demanda:

"Con la puesta en vigencia del Decreto 3050 de 1983 expedido con fundamento en la Ley 14 de 1983, se incrementó el avalúo catastral en el 9.16% y así se ordenó en la Resolución número 66-000-344-83 del 15 de diciembre de 1983, que fue dictada en [illegible] tadas normas en el Decreto [illegible] las cuales el predio de la sociedad 'Angelita Ltda.' quedó con un avalúo catastral de $ 13.608.000.00.

"Posteriormente el Decreto 2678 de 1984 ordenó un incremento del 14.57% en los avalúos catastrales y se aplicó al predio de la actora después de deducirle la parte exenta al Director Seccional de Valori-

zación Municipal de Pereira (Escritura 1750 del 21 de junio de 1984. Notaría Primera de Pereira) resultando el avalúo catastral en $ 11.790.000.00 con vigencia a partir del primero de enero de 1985".

El incremento del 9.16% y del 14.57%, respectivamente, para los años de 1984 y 1985, se efectuó obviamente sobre la suma de $ 12.466.000.00 en que se había avaluado catastralmente el predio para el año de 1983. Como este avalúo quedará sin vigencia alguna en virtud de la prosperidad de la nulidad, habrá igualmente, como obligada consecuencia, de extenderse la nulidad a los avalúos que se ordenaron inscribir por los citados años de 1984 y 1985.

Al prosperar por consiguiente las súplicas de la demanda, concuerda principalmente la Sala con el concepto de su colaborador Fiscal, en lo que se relaciona con los aspectos del fallo inhibitorio que se revoca y de la indebida aplicación del Decreto 3745 de 1982 en la determinación del avalúo catastral por el año de 1983.

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,

Falla:

1º *Revócase* en todas sus partes la sentencia de enero 17 de 1986 dictada en este asunto por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

2º *Declárase* nula la Resolución número 66-001-227-84 de 18 de diciembre de 1984 expedida por la Oficina Seccional de Catastro de Risaralda, en lo que respecta a los cambios que se ordena inscribir en el Catastro del Municipio de Pereira en relación con el predio distinguido con el número 01-06-017-0001-000 de propiedad de la sociedad "Angelita Limitada", por los años 1981, 1983, 1984 y 1985.

3º Como consecuencia de lo anterior, la Oficina Seccional de Catastro de Risaralda cancelará todas las inscripciones ordenadas por la Resolución que se anula, respecto a dicho predio, restableciendo el avalúo catastral que tenía anteriormente con observación de las normas que rigen sobre el particular.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Guillermo Benavides Melo, No asistió; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPÍTULO IV

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL. VIGENCIA FISCAL (SUSPENSION PROVISIONAL).

Adopción por Ordenanza o por Decreto del Gobernador, cuando la Ordenanza no aparece a la vida jurídica antes de la media noche del día 15 de diciembre Decreto 2467 de 1971.

ESTATUTO ORGANICO DE LOS PRESUPUESTOS DEPARTAMENTALES.

Decrétase la SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 382 de diciembre 19 de 1986 expedido por el Gobernador del Departamento del Atlántico.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 714. Actor: Hugo Alberto Anaya Laurens.

Se resuelve de plano el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 8 de abril de 1987 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en cuanto denegó la suspensión provisional del Decreto número 382 de 19 de diciembre de 1986 expedido por el señor Gobernador del Departamento del Atlántico y "por medio del cual se adopta como Presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia fiscal de 1987 el presentado por el Ejecutivo Departamental a la honorable Asamblea el día 3 de octubre de 1986".

Antecedentes:

A. La solicitud de suspensión provisional.

En el escrito de demanda (fl. 101) el actor impetró la suspensión provisional del Decreto acusado en ejercicio de la acción de simple nulidad, fundamentándola en los planteamientos que se resumen así:

a) Violación del artículo 187, numeral 7 de la Constitución Nacional al arrogarse el Gobernador del Departamento una función que le corresponde a la Asamblea que ya había aprobado la Ordenanza contentiva del presupuesto, tal como se reconoce en el Considerando 5 del Decreto impugnado;

b) Infracción del artículo 53 del Decreto número 2407 de 1981 que autoriza la vigencia del Proyecto de Presupuesto presentado por el Gobernador solamente cuando no se ha expedido por la Asamblea la respectiva Ordenanza antes del 15 de noviembre;

c) Desconocimiento del artículo 59 del Decreto 2407 de 1981 que se invoca como fundamento legal del Decreto impugnado, cuando éste regula lo atinente a la atribución consistente en la expedición del Decreto de Liquidación del Presupuesto.

B. El auto recurrido.

El Tribunal Administrativo del Atlántico en auto de 8 de abril de 1987 (fls. 203 a 206) resolvió admitir la demanda, ordenar su notificación personal a los señores Gobernador del Departamento del Atlántico, Presidente de la honorable Asamblea Departamental y Agente del Ministerio Público, así como la fijación en lista y la solicitud de envío de los antecedentes administrativos. De otra parte dispuso denegar la suspensión provisional solicitada.

Aduce el Tribunal en sustento de la última de las decisiones antes mencionadas en resumen, lo siguiente:

a) "...el ordinal 7º del precepto constitucional establece como atribuciones de la Asamblea expedir anualmente el Presupuesto de Rentas y Gastos del Departamento con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales. Esto significa que la expedición de la Ordenanza de Presupuestos está condicionada a los mandamientos legales y particularmente al Decreto 2407 de 1981 que es el Estatuto Orgánico de los Presupuestos Departamentales. Precisamente con fundamento en el artículo 53 del mismo, fue que se expidió el Decreto acusado".

"No se advierte por tanto la violación del precepto constitucional ya que el acto demandado fue expedido con fundamento en una atribución legal que emana del mismo Estatuto que gobierna la atribución constitucional de las Asambleas examinada";

b) Es "necesario hacer un estudio de fondo del artículo 53 en concordancia con los artículos 48 a 52 del Decreto 2407 mencionado, en orden a establecer si cuando el artículo 53 dice: '...no se expidiere la Ordenanza de presupuesto antes de la media noche, del 15 de noviembre del respectivo año...' entraña o no para la Asamblea la obligación de pasar inmediatamente al Gobernador el proyecto de Ordenanza de presupuesto aprobado en tercer debate conforme se afirma en el acto demandado";

c) "Se haría igualmente necesario un estudio de fondo con miras a determinar si el Decreto de Liquidación de Presupuesto a que alude el artículo 59 en mención es o no compatible con el ejercicio en el mismo acto de las facultades que consagra el artículo 53".

C. El recurso de apelación.

La parte demandante al interponer el recurso de apelación contra el auto mencionado, argumenta así:

a) La violación del artículo 53 del Decreto 2407 de 1981 es clara, por cuanto la posibilidad que tiene el Gobernador de poner en vigencia el Proyecto de Presupuesto por él presentado, sólo surge cuando no se ha expedido por la Asamblea Departamental, antes de la media noche del 15 de noviembre del respectivo año, la Ordenanza que lo contenga. En la misma parte motiva reconoce el Ejecutivo Departamental que ya obraba en su poder, al momento de expedir el Decreto 382, la Ordenanza de Presupuesto y en el proceso está demostrado que ésta se expidió el 14 de noviembre de 1986.

Cosa distinta a la expedición es el envío de la Ordenanza, lo que tendrá lugar después de que el Departamento Contable de la Asamblea haya verificado que los Capítulos, artículos y sumas que conforman dicho presupuesto, estén ajustados a la precisión contable y financiera que para este caso es indispensable;

b) Es claro que el fundamento jurídico que se esgrimió para dictar el Decreto acusado fue el artículo 59 del mismo Decreto 2407, que consagra lo relativo a la liquidación del presupuesto y no se necesita como lo afirma el Tribunal entrar a discurrir sobre un presunto estudio a fondo sobre si estas dos normas son compatibles. Se trata de normas que reglan situaciones distintas.

Consideraciones:

I. El artículo 187, ordinal 7º de la Carta Política atribuye a las Asambleas, por medio de Ordenanzas, la facultad de expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos de los respectivos Departamentos, con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales, que son las contempladas en el Decreto 2407 de 2 de septiembre de 1981, o Estatuto Orgánico de los Presupuestos Departamentales.

II. Los artículos 53 y 59 del Decreto citado que el recurrente considera directamente infringidos por el acto acusado y que constituye el fundamento legal del recurso preceptúan, respectivamente:

"Artículo 53. Vigencia del proyecto de presupuesto. Si la Asamblea por cualquier circunstancia no expidiere la Ordenanza de presupuesto antes de la media noche del 15 de noviembre del respectivo año, regirá el proyecto de presupuesto presentado por el gobierno departamental, con las modificaciones que el Gobierno haya presentado a la consideración de la Asamblea".

"Artículo 59. Decreto de liquidación. Corresponde al Gobernador dictar el Decreto de liquidación del presupuesto aprobado por la Asamblea antes del 20 de diciembre de cada año.

"En su preparación se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

"1ª Se agregará, rebajará o suprimirá todo lo que haya sido agregado, rebajado o suprimido por la Asamblea.

"2ª Se corregirán los errores aritméticos y de leyenda en que se haya incurrido, ajustando en la forma más conveniente los

renglones de rentas y de gastos en que se hubieren cometido errores, a efectos de mantener el equilibrio presupuestal.

"3ª Se repetirán con exactitud las leyendas de los artículos para apropiaciones que aparezcan en el proyecto original con las modificaciones introducidas por la Asamblea.

"4ª En la parte de las disposiciones generales se incluirán las que hubiere aprobado la Asamblea.

"5ª Las apropiaciones para gastos de personal de los distintos servicios, se ajustarán estrictamente a las señaladas en la ordenanza que adopte la respectiva escala de remuneraciones.

"6ª Los créditos resultantes de la liquidación del presupuesto se clasificarán por secciones, capítulos y artículos en numeración contínua.

"7ª Como anexo al Decreto de liquidación se insertará el detalle de las apropiaciones para el año fiscal de que se trate, con arreglo a las normas anteriores.

"Parágrafo. El Decreto de liquidación del presupuesto se publicará en la 'Gaceta Departamental' ".

Como se desprende de las normas transcritas, ellas se ocupan, respectivamente, de señalar un límite temporal a la competencia de la Asamblea para expedir la Ordenanza que contenga el presupuesto, con la expresa advertencia de que su vencimiento implica pérdida de la mencionada competencia y al mismo tiempo vigencia para el año fiscal de que se trate del proyecto de presupuesto presentado por el Gobierno Departamental, con las modificaciones que éste mismo haya sometido a consideración de la Asamblea, mientras que, la segunda señala al Ejecutivo local un plazo para expedir el Decreto de liquidación del presupuesto aprobado por la Asamblea, así como las reglas que deberá tener en cuenta para ello.

Las situaciones que regulan las normas mencionadas son bien distintas, como que la una se ocupa del origen del presupuesto que regirá en el año fiscal correspondiente y la otra atañe a la liquidación del presupuesto a cargo del Gobernador del Departamento, como paso subsiguiente a su aprobación por la Asamblea y consistente en los ajustes necesarios al proyecto de presupuesto de acuerdo con las modificaciones que éste haya sufrido en el curso de los debates y corrigiendo las posibles inexactitudes aritméticas o de leyenda, a más de la inclusión de disposiciones generales aprobadas por la Asamblea y de los ajustes en lo que concierne a gastos de personal según las escalas de remuneración aprobadas por la Asamblea y la clasificación de los créditos resultantes de la ameritada liquidación en secciones, capítulos y artículos.

III. Es evidente que la facultad que otorga el artículo 59 del Decreto 2407 de 1981 que se invoca como fundamento legal de competencia en el Decreto impugnado, no mira a la expedición de Decreto alguno mediante el cual se ponga en vigencia o se adopte el proyecto de presupuesto presentado por el Ejecutivo local a consideración de la Asamblea. La norma que prevé la *vigencia* del mencionado proyecto

está contenida en el artículo 53 *ibídem*, sujeta a la condición de que el proyecto de presupuesto presentado dentro del término legal, no haya sido aprobado antes de la media noche del 15 de noviembre de respectivo año.

IV. El proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal de 1986 fue presentado dentro del término previsto para ello (arts. 1º de la Ley 6ª de 1958 y 29 del Decreto 1222 de 18 de abril de 1986) según Oficio número DC-950 de 3 de octubre de 1986 (fl. 169) y aprobado en los tres debates reglamentarios que tuvieron lugar los días 21 de octubre, 4 y 14 de noviembre de 1986 (fls. 148 a 168).

V. La previsión legal contenida en el artículo 53 del Decreto 2407 es clara y determinante en el sentido de que la posibilidad de entrar en vigor el proyecto de presupuesto oportunamente presentado por el Gobierno local a consideración de la Asamblea está condicionada única y exclusivamente a que ésta no expida la respectiva Ordenanza antes de la media noche del 15 de noviembre del respectivo año, en el caso *sub lite* antes de la media noche del 15 de noviembre de 1986, sin que sea necesario, como lo afirma el Tribunal en el auto recurrido, hacer análisis de fondo y de conjunto de normas a efectos de armonizarlas y deducir si la mencionada condición se extiende al envío inmediato del proyecto aprobado.

Tampoco comparte la Sala las apreciaciones del Tribunal en lo que concierne a la precisión que según éste se requiere en lo que respecta a la posibilidad de contener en un solo acto la liquidación del presupuesto y la decisión de poner en vigencia o de adoptar el proyecto de presupuesto presentado por el Gobierno local, y ya que como se anotó son situaciones distintas y que de otra parte, no son materia de controversia en este proceso, pues lo que se aduce no es que sean o no compatibles, o que puedan o no ser objeto de pronunciamiento en un solo acto, sino sencillamente que el precitado artículo 59 que el acto acusado invoca como fundamento legal de la competencia ejercitada no contiene previsión alguna sobre adopción o puesta en vigencia del proyecto de presupuesto, sino sobre liquidación del mismo.

VI. Se configura pues en el caso *sub lite* una ostensible violación del artículo 53 del Decreto número 2407 de 1981 (Estatuto Orgánico de los Presupuestos Departamentales), ya que como se anotó, contra la clara prescripción allí contenida, el Gobernador del Departamento del Atlántico mediante el Decreto número 382 de 19 de diciembre de 1986 impugnado, adoptó como presupuesto para la vigencia fiscal de 1987 el proyecto de presupuesto por él presentado, a pesar de haberse expedido la Ordenanza respectiva antes de la media noche del 15 de noviembre de 1986.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

I. Revócase la disposición contenida en el punto 6 del auto de 8 de abril de 1987 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

II. Decrétase la suspensión provisional del Decreto número 382 de 19 de diciembre de 1986 expedido por el Gobernador del Departamento del Atlántico.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de la Sala de once (11) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PRESTACIONES SOCIALES. CREACION, MODIFICACION (Suspensión provisional). Corresponde al legislador. PRIMA DE RIESGO DE ANESTESIA. Sólo la ley puede gobernar, en su creación o modificación y no la administración.

Suspéndese provisionalmente los efectos de las Resoluciones 1637 de 1981 y 1850 de 1983, de la Junta Directiva del Hospital Regional Federico Lleras Acosta y 13034 de 1981 del Ministerio de Salud.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., siete de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 2906. Actor: Jaime Enrique Pimienta Brito.

El ciudadano Jaime Enrique Pimienta Brito, solicita la suspensión provisional de las Resoluciones 1637 de 1981 y 1850 de 1983, emitidas por la Junta Directiva del Hospital Regional Federico Lleras Acosta y 13034 de 1981 del Ministerio de Salud, por medio de las cuales se incrementó la Prima de Riesgo de Anestesia.

La medida fue solicitada así:

"*V. Suspensión provisional.*

"El honorable Consejo de Estado ha dicho refiriéndose a la suspensión provisional: 'La suspensión provisional puede decretarse cuando el acto acusado se oponga flagrantemente a la norma superior que se señala como infringida. La flagrancia es tanto como a primera vista sin duda, que no requiera circunloquios ni reflecciones profundas o sea, que de la comparación de una y otra norma, colocadas como en doble columna, surja evidentemente su contrariedad'.

" 'No es posible la suspensión si debe penetrarse con alguna profundidad en el concepto, o sea la doctrina que lleven consigo las palabras con que esté redactada la norma superior' (Auto del 1º de junio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Miguel Lleras Pizarro)".

"Las Resoluciones números 1637 de octubre 27 de 1981 expedida por la Junta Directiva del Hospital Regional Federico Lleras Acosta de Ibagué, y la Resolución número 1304 de noviembre 27 de 1981 proferida por el señor Ministro de Salud, son ostensibles flagrantes y directamente violatorias de la Constitución Nacional, artículos 20, 76 numeral 9º, 187".

"Por las siguientes *razones*":

"1º Los actos acusados violan de manera manifiesta el artículo 20 de la Constitución Nacional en este artículo se establece que 'los particulares no son los 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 estas'. Es decir, que los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les permita 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, la Resolución dictada por la Junta Directiva del Hospital Regional 'Federico Lleras Acosta' de Ibagué, que de acuerdo a sus normas estatutarias no deberían ser resoluciones sino acuerdos, así lo establece el artículo 16 de sus estatutos vigentes para esa época el cual prescribe: 'Las decisiones de la Junta Directiva se adoptarán por medio de acuerdos que deberán llevar las firmas del presidente y del secretario de la misma', al igual que la Resolución proferida por el señor Ministro de Salud se opone manifiestamente al artículo 20 de la Constitución, pues resulta en orbita (sic) contradicción con él y no necesita ningún esfuerzo intelectual para comprobarlo, sólo requiere de su transcripción".

"2º Igualmente, los actos acusados violan de manera manifiesta, el artículo 76, numeral 9º de la 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 correspondiente a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales' ".

"3º La suspensión provisional por mí solicitada no está prohibida por la ley para este caso, ¿cuál es, en primer lugar, el objeto que con la disposición transcrita persiguió el constituyente?".

"Simplemente consagrada la legislación osí (sic) positiva el principio universalmente aceptado en los regímenes democráticos, de que la Constitución por ser el conjunto de normas que rigen la vida del Estado ocupan la más alta jerarquía legislativa con la siguiente primacía sobre los demás estatutos. Por ello se le ha denominado Ley de Leyes. De consiguiente, cuando en determinado caso se presente una contradicción o incongruencia entre la Constitución y la ley, debe primar aquella, que es la norma superior".

"Al respecto lo que el Estado requiere es que las normas constitucionales, sus mandatos, sean obedecidos primero que todas las otras ordenaciones de jerarquía inferior, por todos los ciudadanos es de anotar que por Resolución número 079 de enero 29 de 1982 se expiden

los estatutos para el Hospital Regional Federico Lleras Acosta, sede de la Unidad Regional de Ibagué, es con posterioridad al Acuerdo 069 de octubre 25 de 1973, pero no deroga en ninguna de sus partes al estudio anterior, corrobora y amplía en algunas de sus partes. Lo que nos indica que en el momento de la creación de la Prima de Riesgo de Anestesia, estaba vigente el estatuto creado por el Acuerdo 069 de octubre 25 de 1973".

Para resolver se considera:

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, tratándose de la acción de nulidad, exige para que sea procedente la suspensión provisional 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.

Al efectuar la sencilla comparación entre los actos acusados (Resoluciones 1637 de 1981 y 1850 de 1983 emitidas por la Junta Directiva del Hospital Regional Federico Lleras Acosta y 13034 de 1981 del Ministerio de Salud, por medio de las cuales se incrementa la Prima de Riesgo de Anestesia) y el artículo 76, numeral 9º de la Constitución Política se evidencia la manifiesta violación de esta norma, en tanto aquellos incrementan una prestación denominada Prima de Riesgo de Anestesia que sólo la ley puede gobernar, en su creación o modificación y no la administración a través de actos administrativos como los impugnados.

Luego, siendo procedente la medida solicitada se suspenderán provisionalmente las Resoluciones arriba mencionadas.

En mérito de lo dicho se dispone:

1º Suspéndese provisionalmente los efectos de las Resoluciones 1637 de 1981 y 1850 de 1983 de la Junta Directiva del Hospital Regional Federico Lleras Acosta y 13034 de 1981 del Ministerio de Salud.

2º Admítese la demanda presentada por Jaime Enrique Pimienta Brito.

3º Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, al Ministro de Salud y al Director del Hospital Regional Federico Lleras Acosta y por Estado. Para la última notificación personal se comisionó al Tribunal Administrativo del Tolima. Líbrese el oficio correspondiente.

4º Fíjese en lista por el término de 10 días para los efectos del numeral 3º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

5º Comuníquese la suspensión provisional al Ministro de Salud y al Director del mencionado Hospital.

6º En fin, cúmplase.

Aydée Anzola Linares.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS ALCALDES

PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DEL MUNICIPIO. Presentación del Alcalde para ante el Concejo Municipal. Término (Decreto 1333 de 1986. Art. 266).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor Nelson Zuluaga Ramírez, Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 657. Apelación Interlocutorios. Actor: Carlos Enrique Pico.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Vélez contra el auto de abril 20 de 1987 dictado por el Tribunal Administrativo de Santander.

Antecedentes:

En libelo presentado el 26 de marzo del año en curso, demandó el señor Carlos Enrique Pico a través de apoderado, la nulidad del Decreto número 308 de 27 de diciembre de 1986 por el cual la Alcaldía Municipal de Vélez expidió "el Presupuesto General de Rentas y Gastos del Municipio de Vélez, para la vigencia fiscal comprendida del primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987)". En el mismo escrito solicitó y sustentó la medida de suspensión provisional del acto acusado, denunciando para tales efectos violación del artículo 266 del Decreto-ley 1333 de 1986.

Se pronunció el Tribunal del conocimiento en su auto de 20 de abril del año en curso, admisorio de la demanda, accediendo a la medida en cuestión, por cuanto concluye que se había infringido en forma flagrante y manifiesta la norma citada, dándose por consiguiente las premisas exigidas por el inciso 2º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Contra el anterior pronunciamiento interpuso, como ya se dijo, recurso de apelación el Municipio de Vélez, representado por su Alcalde Municipal.

Para resolver se considera:

Se dispuso en el artículo 1º del acto acusado: "En conformidad con lo establecido por el Decreto 2407 de 1981, artículo 54 y del C. F. S. artículos 574 y siguientes ordénase para el Municipio de Vélez la repetición del Presupuesto de Rentas y Gastos de la vigencias 1986 en la vigencia fiscal de 1987", decisión que fundamentó básicamente en las siguientes consideraciones: "a) Que el Ejecutivo Municipal presentó a consideración del honorable Concejo el 10 de noviembre de 1986, el proyecto de acuerdo sobre presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal de 1987; b) Que la Corporación remitió a la Alcaldía el proyecto en mención con fecha 15 de diciembre de 1986".

Ahora bien, reza el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986:

"En el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre, el Alcalde presentará al Concejo el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia próxima.

"El acuerdo correspondiente deberá ser expedido por el Concejo Municipal durante las sesiones de noviembre de cada año, incluido el período de prórroga".

Consta a folio 40 que el Acuerdo número 016 de 1986, "sobre Presupuesto General de Rentas y Gastos del Municipio de Vélez", fue expedido por el Concejo Municipal el día 9 de diciembre de dicho año, siendo recibido en la Alcaldía el 15 del mismo mes (fl. 42). Y al tenor del artículo 80 del Decreto 1333 de 1986, los Concejos Municipales se reúnen ordinariamente cuatro veces al año, una de ellas el 1º de noviembre, durante treinta días, prorrogables por diez días más. De esta prerrogativa hizo uso el Concejo de Vélez, al prorrogar sus sesiones hasta el diez de diciembre de 1986, según consta en el acta respectiva, a folios 48 (final) y 49.

Debe concluirse de lo anterior, que pese a la mora en que incurrió el Alcalde, al presentar el respectivo proyecto sólo el día 10 de noviembre, el Concejo le impartió la debida aprobación durante el período de prórroga legal previsto en el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986. Esta norma fue obviamente quebrantada en forma ostensible por el Alcalde del citado Municipio, al desconocer mediante el Decreto acusado la validez del Acuerdo sobre presupuesto General de Rentas y Gastos para la vigencia del año de 1987. Se imponía en consecuencia la suspensión provisional del Decreto 308 de diciembre 27 de 1986, como atinadamente lo dispuso el Tribunal de conocimiento invocando razones similares a las consignadas en esta providencia.

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 20 de abril de 1987 por el cual el Tribunal Administrativo de Santander suspendió provisionalmente el Decreto número 308 de 27 de diciembre de 1985 dictado por la Alcaldía de Vélez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 3 de agosto de 1987.

Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA LOCAL: TASAS TARIFAS. SU EJERCICIO NO CONSTITUYE CREACION DE UN IMPUESTO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 496. Asuntos Municipales. **Actor:** Humberto Medina.

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 29 de agosto de 1986 el señor apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación que, admitido y tramitado en esta Corporación, se procede a decidir previas las siguientes

Consideraciones:

El señor Humberto Medina demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de las Resoluciones números 1484 y 1518 de 1981, expedidas por el señor Alcalde Municipal de Medellín, mediante las cuales fueron fijadas tarifas de unos servicios en el Departamento de Bomberos.

Se dijo en los hechos de la demanda, que el Municipio de Medellín dictó los actos acusados fijando unas tarifas en el Departamento de Bomberos, estableciendo en el artículo 1º de la Resolución 1484 precios para las inspecciones a los nuevos establecimientos abiertos al público, como parqueaderos, teatros, hoteles y por la Resolución 1518, que adicionó la anterior, se dijo que los servicios de visita que efectúe el Departamento de Bomberos para renovación de patentes de funcionamiento y otros similares a establecimientos abiertos al público, parqueaderos, teatros, hoteles, con excepción de los graneros, será el siguiente: Griles, discotecas, estaderos, parqueaderos, teatros y hoteles: $ 1.000.00 moneda legal; bares, cantinas, heladerías con venta de licor, restaurantes y tabernas: $ 500.00 moneda corriente; salsamentarias, cafeterías, cafeterías-restaurantes, reposterías, fuentes de soda, heladerías sin venta de licor, ventas al paso, tiendas mixtas: $ 300.00 moneda corriente. Se dispuso igualmente, que las tarifas tendrían un reajuste anual del 25% a partir del 1º de enero de 1983.

Como disposiciones violadas se indicaron los artículos 43 y 197 numeral 2º de la Constitución Nacional, con relación a los cuales

se expresó el concepto de la violación. Estimó el actor que lo que hizo el Alcalde al expedir los actos acusados fue crear un impuesto, lo que le está vedado por las normas constitucionales indicadas.

Surtido el trámite de la instancia el Tribunal dictó la sentencia que ha sido objeto de apelación, en la cual negó las súplicas de la demanda. Para llegar a esa conclusión razonó así el Tribunal con relación a la Resolución 1484 de 1981: "La utilización de una ambulancia para trasladar a un enfermo o el transporte del agua necesaria para llenar la piscina de la residencia de un administrado, o el acople de las mangueras de una fábrica. Se trata, pues, de trabajos especiales que requieren algunas personas, no de las funciones generales que incumben a dicho cuerpo, tales como las de extinguir incendios, surtir de agua los hospitales y concentraciones educativas en épocas de verano intenso, etc. Cabe preguntar entonces: ¿Es un impuesto lo que el Jefe de la Administración impone en la resolución objetada? No lo es, porque: a) No tiene carácter general; b) Se trata de una mera compensación por labores adicionales o extraordinarias del cuerpo de bomberos, y c) Su pago es voluntario: Lo efectúan solamente quienes utilizan dichos servicios". Y con relación a la Resolución 1518 de 1981 expresa que tampoco ella entraña un gravamen general e indeterminado, que no implica retribución, sino de la percepción de una suma de dinero como compensación de un servicio prestado, limitándose el propietario o administrador de un establecimiento abierto al público a cubrir los costos que demanda el desplazamiento de los empleados del cuerpo de bomberos hacia el respectivo local.

El apoderado del demandante al sustentar el recurso de apelación insiste en que las resoluciones acusadas configuran un impuesto y no una tasa o tarifa por cuanto el precio que se paga por las visitas realizadas por el cuerpo de bomberos no está a voluntad del usuario o beneficiario de la licencia al efectuar tal visita, sino que constituye una situación obligatoria de recibir y pagar la actuación bomberil del trámite de la licencia de funcionamiento. Dice así mismo, que los precios fijados por las normas atacadas no corresponden a servicios que estén a voluntad del usuario el utilizarlos o no, pues es una imposición de las normas al exigir como requisito de trámite de la licencia la visita del cuerpo de bomberos y pagarles por ella, ya que de no hacerlo se les niega la licencia de funcionamiento.

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Primero de la Corporación es del parecer que debe revocarse parcialmente la sentencia apelada y en su lugar disponerse la nulidad: a) Del artículo 1º de la Resolución 1484 de 1981 en relación con las inspecciones a establecimientos abiertos al público; y b) De los artículos 1º y 2º y 1º pertinente del 3º de la Resolución 1518 del mismo año. Al efecto razona luego de citar el Código Fiscal y sentencia de esta Corporación, que el cobro para efecto de proveer al sostenimiento y reparación de los equipos se entiende frente a los demás servicios que presta el cuerpo de bomberos y para los cuales se fijaron tarifas en la Resolución 1484, por cuanto ellos sí conllevan un desgaste técnico, humano y de equipos que demandan una contraprestación para mantener el *de ut des*, pero en ningún momento frente

a una simple visita de inspección a un establecimiento, para la cual únicamente se demanda la presencia física del inspector correspondiente. Una de las características fundamentales de las tasas o tarifas, dice, es que son voluntarias, solamente las deben pagar quienes aceptan el servicio que se les ofrece, y así, cualquier usuario del servicio telefónico paga por el servicio que algún día solicitó o recibió en cesión de otro usuario, pues dicho usuario voluntariamente se sometió a pagar la cantidad que consuma. Pero en el caso presente, arguye, las tarifas que deben pagar los establecimientos abiertos al público por las visitas que deben recibir de los bomberos, no son voluntarios sino que constituyen la contraprestación por un requisito que deben cumplir para obtener o renovar su licencia de funcionamineto, desvirtuándose así el principio de voluntariedad que caracteriza a las tarifas.

La Sala no comparte el concepto del señor Fiscal. En el impuesto, como lo sostiene los entendidos en la materia, aparece una relación política entre el Estado y el contribuyente, comoquiera que no está subordinado a una determinada contraprestación, al paso que en la tasa prevalece una relación de tipo económico expresada en el pago del costo mismo que hace el usuario de un servicio específico que presta el Estado.

Por manera que hay que clasificar los impuestos, tasas, etc., atendiendo no a la caprichosa denominación que le dé el acto que los establece, sino a lo que realmente representan dentro de la organización tributaria del país.

El elemento esencial que caracteriza la tasa es la noción de contraprestación, de voluntariedad; la persona entrega dinero a la Administración pública y en cambio recibe una compensación concreta, un servicio determinado; pero no se puede decir que si la Administración por las condiciones ventajosas en que se encuentra con respecto a los particulares exige una remuneración exorbitante por los servicios que presta, está estableciendo un impuesto paralelo a la tasa. Es preciso para la determinación de la tasa, para dsecubrirla y graduarla, exigir en cada caso particular una confrontación de contraprestaciones; pero no decir que si lo exigido es superior a los gastos de prestación del servicio, se está frente a un fenómeno de impuesto. El impuesto como bien lo apunta el Tribunal, es general e impersonal puesto que se aplica a todos los individuos que se encuentren en una determinada situación; y no implica una compensación o retribución especial.

En el artículo 1º de la Resolución número 1448 de 1981, el valor de los servicios de inspecciones a nuevos establecimientos abiertos al público se fija en la suma de $ 2.000.00. Y en los artículos 1º, 2º y 3º de la Resolución 1518 del mismo año, se precisan los establecimientos afectados con esos servicios y se fijan los valores de los mismos con base en esa clasificación. Es decir, claramente se ve en los actos acusados que el señor Alcalde de Medellín quiso establecer mediante ellos un tipo especial de tasa o tarifa para los propietarios de establecimientos abiertos al público, por los servicios que presta el cuerpo de bomberos con relación a los mismos.

Porque, es indudable que en el caso presente las tarifas que conforme a las Resoluciones acusadas deben pagar los establecimientos

abiertos al público en razón de las visitas que deben recibir de los bomberos para obtener o renovar su licencia de funcionamiento, son voluntarias y constituyen la contraprestación por un servicio, un requisito que deben satisfacer esos establecimientos para poder funcionar y ofrecer mejores garantías de seguridad en el servicio mismo que prestan al público. No tienen pues esas tarifas un carácter general, sino que corresponde sufragarlas exclusivamente a los propietarios de ese tipo de establecimientos.

Es cierto que los bomberos cuando acuden a visitar y establecer si un establecimiento abierto al público es apto para tales fines desde el punto de vista de seguridad, no están haciendo otra cosa que cumplir con una de las funciones que constitucionalmente se les ha atribuido a las autoridades de la República como es la de velar por la vida honra y bienes de los asociados, sobre todo esa entidad que cuenta con los elementos técnicos para establecer las condiciones de seguridad de los establecimientos públicos. Por manera que el caso es simple: Se paga por un servicio que preste el Municipio de Medellín a través del cuerpo de bomberos, como es el de establecer las condiciones de funcionamiento de un establecimiento para poder prestar sus servicios al público. Y como lo anota el Tribunal, en ese caso específico, no se trata de un gravamen general e indeterminado que no implica retribución, sino de la percepción de una suma de dinero que tiende a compensar un servicio prestado. En ésta como en la Resolución anterior, el propietario o administrador de un establecimiento abierto al público se limita a cubrir los costos que demanda el desplazamiento de los empleados del cuerpo de bomberos hacia el respectivo local.

Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Sala confirme la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia por estar ceñida a derecho.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en desacuerdo con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 29 de agosto de 1986.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que el anterior proyecto de fallo lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 8 de agosto de 1987.

Guillermo Benavides Melo. Samuel Buitrago Hurtado, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PODER DE POLICIA SANITARIA LOCAL. SANCIONES: DECOMISO, ARRESTO SUPLETORIO. Artículo 213-3 del Código Nacional de Policía. SU PROCEDENCIA.

El acto acusado es un decreto del Alcalde Municipial, reglamentario de ventas ambulantes, el cual por este aspecto tiene pleno apoyo legal en el artículo 116 del Código Nacional de Policía, pero que sanciona a los contraventores con el decomiso de los objetos que integran las cocinas, al igual que de los artículos en elaboración o elaborados, es decir cobija a todos los objetos y artículos. También impone para el caso de reincidencia, pena de arresto por cinco días.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinticinco de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: Doctor Luis Miguel Quiñones Franco, Magistrado auxiliar.

Referencia: Expediente número 217. Actor: Gabriel Méndez Jaimes.

El Consejo de Estado, a través de su Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa, procede a fallar la apelación que, mediante apoderado, ha interpuesto el Alcalde de la ciudad de Bucaramanga contra la sentencia de primer grado proferida con fecha 6 de marzo de 1986 por el Tribunal Administrativo de Santander, por la cual se declara la nulidad de los artículos 14, 17 y 18 y revoca la suspensión provisional del artículo 19 del Decreto número 275 expedido por el burgomaestre de la capital santandereana el 16 de noviembre de 1982.

I. Lo que se demanda:

En ejercicio de la "acción pública" establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el actor demandó al Tribunal Administrativo de Santander la nulidad integral del Decreto número 275 del 16 de noviembre de 1982, que sobre reglamentación de las ventas ambulantes en la ciudad de Bucaramanga profirió el Alcalde Municipal de esta ciudad. Pidió además el accionante el decreto de suspensión provisional.

A folios 34 a 42 del cuaderno principal, obra el libelo de demanda, en el que, para abreviar, expone el actor: El Decreto acusado viola los siguientes preceptos: De la Constitución Nacional, los artículos 16, 17, 32, 34 y 39; del Decreto 1355 de 1970, los artículos 6º y 213; del

Decreto 410 de 1971, los artículos 1º, 10, 12 y 20; y del Decreto 522 de 1971, los artículos 187 (sic) y 188 (sic). El concepto de la violación radica en que con el acto acusado no se protege a los ciudadanos, ya que a los vendedores ambulantes no se les permite el ejercicio de una profesión lícita; se quebranta la libertad de empresa y de la iniciativa privada; se establece la pena de confiscación; se cohíbe la libertad de escoger profesión u oficio; no se protege al pueblo trabajador, siendo el trabajo una obligación social; se establece el decomiso por fuera de los únicos tres casos contemplados taxativamente en el artículo 213 del Código Nacional de Policía y se viola además el libre ejercicio de actividades comerciales.

II. Actuación procesal del a quo:

En el proceso bajo referencia se ha surtido en primera instancia la siguiente actuación: Mediante auto de 14 de marzo de 1985 (fls. 44 a 51) se admitió la demanda por el Tribunal de origen, el que además decretó la suspensión provisional del artículo 17 y parcialmente de los artículos 14 y 19 del Decreto municipal 275 de 1982.

Ante la proposición de nulidad de lo actuado por la vía de la excepción previa de inepta demanda por parte de la apoderada judicial de la Alcaldía Municipal de Bucaramanga, dado que en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no basta con citar la norma violada sino que ha de señalarse "el artículo concreto (del Decreto acusado) que desconoce la norma superior", el Tribunal de instancia denegó la solicitud de nulidad y admitió la aclaración que de su demanda hizo el actor, mediante proveído de 22 de mayo de 1985 (Ver fls. 70 a 72). Y a través de providencia de 22 de junio siguiente (fls. 77-78) dispuso el mismo Tribunal "negar el recurso de reposición interpuesto" por la mencionada apoderada judicial de la Alcaldía contra el auto que negó la nulidad del proceso.

Por auto de fecha 26 de agosto de 1985 (fl. 82), el *a quo* negó la práctica de la prueba pericial pedida en tiempo por la parte demandada, única que se había solicitado por dicha parte, la que en su oportunidad dio contestación a la demanda propuesta. De igual modo, únicamente la demandada alegó de conclusión. A folios 86 a 89 corre la vista fiscal del colaborador del Ministerio Público ante el *a quo*.

Por último, a folios 90 a 97 aparece el fallo de primera instancia, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Santander resuelve declarar la nulidad de los artículos 17 y 18 y parcialmente del artículo 14 del Decreto 275 de 1982 del Alcalde de Bucaramanga y revoca la suspensión provisional que había decretado respecto del artículo 19 *ibídem*.

III. La apelación:

La apoderada de la parte demandada interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, im-

pugnación que fue concedida por el Tribunal de origen en el efecto suspensivo (Ver fl. 102). La apelante sustentó el recurso en escrito que obra a folios 98 y 99. En síntesis, fundamenta su recurso en lo siguiente: El Alcalde está obligado a mantener las vías públicas libres de obstáculos, conforme al artículo 1º del Decreto 640 de 1937; pero "es un hecho notorio el que en frente a establecimientos que prestan un servicio público como clínicas, bancos, paraderos de buses (sic), no sólo por razones de seguridad sino también por asegurar el libre tránsito de las personas", los vendedores ambulantes y las cocinas ubicadas en dichos sectores y las ventas callejeras sin control alguno obstaculizan dichos servicios, crean desorden público y urbanístico y constituyen un peligro para la comunidad. El artículo 16 de la Constitución Política obliga a las autoridades a proteger la honra, vida y bienes de la ciudadanía; los artículos 7º y 20 de la Ordenanza número 62 de 1943 faculta a los jefes de policía y por tanto al Alcalde Municipal "para evitar que los vendedores ambulantes ocupen las vías públicas"; "el decomiso de las mercancías, por razones sanitarias, está autorizado por los artículos 575, 576 y 577 de la Ley 9ª de 1979 o Código Sanitario Nacional", estatuto éste que obliga a los Alcaldes a vigilar el cumplimiento de las normas sanitarias; el artículo 21 de la Ley 9ª de 1922 "obliga a las autoridades administrativas a exigir el cumplimiento de las disposiciones sobre higiene". Y, por último, como lo expresó el Consejo de Estado en fallo de 30 de julio de 1985, "...los vendedores ambulantes no tienen derecho a la protección legal cuando ocupan zonas no autorizadas por las autoridades municipales".

Previo el trámite legalmente previsto, el Fiscal Primero ante el Consejo emitió su concepto de fondo (Ver fls. 10 a 12 del cuaderno de apelación), en el que pide revocar la sentencia objeto del recurso y negar las súplicas de la demanda, al considerar que el Decreto acusado no está violando las normas constitucionales y legales citadas en la demanda, por cuanto dicho Decreto, al contrario de lo que alega el accionante, "está amparando y protegiendo las ventas ambulantes, en bien de los mismos vendedores y de la ciudadanía en general. Además, allí se están tomando medidas que conciernen directamente a la Alcaldía y que, obviamente, van en beneficio de la Administración, como son la preservación de las vías públicas de las ventas de artículos adulterados, o sin el peso o medida exactas, prohíbe la ubicación de ventas ambulantes frente a iglesias, clínicas, bancos, edificios públicos y paraderos de buses, prohíbe el uso de cocinas en las calles y vías públicas, la venta de pólvora ambulante y, en general, allí se toman una serie de medidas y precauciones que, en sentir de esta Fiscalía, no extralimitan las funciones del Alcalde", funcionario este que, por último, debe tomar medidas como las contenidas en el Decreto acusado, frente a la obligación que le impone el artículo 16 de la Carta fundamental.

IV. Consideraciones:

Precisa apuntar inicialmente que el Decreto municipal materia de la acción puesta en movimiento por el demandante consta de veinticuatro (24) artículos y que el actor, en su escrito que obra al folio 63, *in fine*, recalca: "...ha de tenerse en cuenta que cada una de las

normas denunciadas como violadas, clara y evidentemente se violan con el Decreto acusado en total..."

No obstante la aseveración del actor, en ninguna parte de la demanda se precisa de modo específico la violación en que incurrieron todos y cada uno de los veinticuatro (24) artículos acusados que integran el Decreto 275, respecto de cada uno de los trece (13) preceptos de estirpe superior, cinco (5) de ellos de rango constitucional, que afirma el demandante haber sido quebrantados de manera ostensible por aquellos 24 artículos. Paralelamente ha de destacarse el hecho de achacarle el demandante a cada uno de los 24 preceptos atacados, en varios escritos y de modo reitrado, la acusación de estar quebrantando en forma ostensible disposiciones inexistentes, comoquiera que señala como normas superiores lesionadas los artículos *187 y 188* del Decreto extraordinario número 522 de 1971, a pesar de que este Decreto solamente cuenta con 138 artículos en total.

Con posterioridad a las objeciones de diversa gama que al libelo de demanda formuló la apoderada de la parte demandada, el actor tuvo espaciada oportunidad para aportar debidamente el concepto de violación de los 24 artículos del Decreto acusado, pero en sus diferentes memoriales e inclusive en los aclaratorios de la demanda, el accionante solamente se detiene en alguna forma y de manera reiterada a atacar los artículos 12, 14, 17 y 18 del Decreto municipal; es decir, que solamente explica el concepto de violación de cuatro (4) de los veinticuatro preceptos del Decreto 275. Por esta razón, la Sala concuerda con el Tribunal de primera instancia en su sentencia apelada cuando expresa que "en consideración a que la demanda únicamente acusa en concreto los artículos 12, 14, 17 y 18, es sobre estas disposiciones que debe versar la confrontación con las normas del ordenamiento jurídico que estima quebrantadas". E igualmente esta misma causa determinó al Tribunal Administrativo de Santander a revocar la suspensión provisional que en el auto admisorio de la demanda había dispuesto parcialmente sobre el artículo 19 del Decreto del burgomaestre bumangués.

IV-A. De conformidad con el *artículo 12* del Decreto 275 de 1982 acusado, se prohíbe "la ubicación de toda clase de vendedores ambulantes en la zona comprendida entre las calles 35 y 36 y carreras 15 a 17" de la ciudad de Bucaramanga. Precisa tener en cuenta que esta zona de prohibición se encuentra en el riñón mismo del área céntrica de la capital santandereana, área notoria y densamente comercial y de intenso tráfico automotor y tránsito peatonal.

En primer lugar, como lo expresa el *a quo* en su sentencia materia de apelación, el artículo 116 del Estatuto Nacional de Policía preceptúa que "las normas de policía local reglamentarán el ejercicio del oficio de vendedor ambulante", por lo cual el artículo 12 demandado encuentra apoyo legal de norma superior y, en consecuencia, no adolece de ilegalidad. En este mismo orden de ideas, además, dicho precepto del Decreto municipal, no está impidiendo o coartando el ejercicio de la actividad de los vendedores ambulantes en el ámbito espacial del casco urbano de Bucaramanga, sino sustrayendo de tal actividad una zona específica y reducida de la urbe caracterizada por sus elevados volúmenes comercial, vehicular y humano, este último

en primer orden, naturalmente, en atención y desarrollo del canon 16 de la Constitución Política que obliga a las autoridades, a cuya cabeza se encuentra el Alcalde Municipal, a proteger a las personas que allí residen, en su vida, honra y bienes. A su turno, el artículo 116 del Código Nacional de Policía se acomoda al precepto número 39 de la Superley, en cuanto determina este último que "la ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones". En cuanto a las normas del Código de Policía de Santander (Decreto departamental número 1469 de 1963, que regía en el año de 1982, año de emisión del Decreto municipal acusado) y del Código de Urbanismo Metropolitano (Acuerdo número 03 de 1982), citadas por el *a quo* en apoyo de la legalidad del mencionado artículo 12 del Decreto 275, no se tendrán en cuenta por no obrar en autos como prueba y por no ajustarse al precepto 141 del Código Contencioso Administrativo sobre "normas jurídicas de alcance no nacional". Así, pues, en consonancia con las consideraciones precedentes, el mencionado artículo 12 del Decreto municipal 275 no puede ser objeto de declaratoria de nulidad.

IV-B. Por su parte, manda el *artículo 14* acusado: "Prohíbese el uso de cocinas en las calles y vías públicas. La violación del presente artículo será sancionado con el decomiso de los objetos que la integran y de los artículos en elaboración o elaborados. En caso de reincidencia se sancionará con arresto de cinco (5) días". Al respecto igualmente ha de expresarse que es correcta la apreciación del *a quo* al indicar que esta norma acusada consta de dos partes, una prohibitiva y otra sancionatoria, y que aquella encuentra su base legal en el artículo 114 del Código Nacional de Policía. Empero, no comparte la Sala las consideraciones del Tribunal de origen atinentes a la facultad que a los Alcaldes dan los artículos 100 y 117 "del Código de Policía de Santander que rige en la actualidad" (Decreto 3190 de 1984), "para limitar la venta de artículos, señalando zonas para el funcionamiento de establecimientos comerciales, así como para expedir licencias a los vendedores ambulantes, de acuerdo a los reglamentos locales". Y este disentimiento parte de doble razón: Porque, en primer término, en este proceso no obra como prueba el Código de Policía Departamental de Santander actualmente en vigencia, contrariando lo que al respecto sienta el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo; y en segundo lugar, por cuanto dicho Código no sería en principio aplicable al caso controvertido, toda vez que mal podría dársele efecto retroactivo hasta 1982, año de emisión del Decreto municipal acusado.

Ciertamente de acuerdo con el artículo 114 del Código Nacional de Policía "no podrá establecerse depósito de explosivos o de materias inflamables, ni industria expuesta a peligro de explosión o de incendio, ni la que produzca emanaciones dañinas para la salud de los habitantes, sino de acuerdo con lo que se disponga en los reglamentos de policía local". De donde resulta que el artículo 14 acusado, en cuanto a su parte que encierra una prohibición ("Prohíbese el uso de cocinas en las calles y vías públicas"), encuentra fundamento superior en el preinserto artículo 114 del Código Nacional Policivo, toda vez que las cocinas, ya funcionen con fuerza eléctrica mono o trifásica o a base de combustibles líquidos. altamente inflamables, estarán siempre "expuestas a peligro de explosión o incendio", además de producir en

algunos casos, emanaciones dañinas para la salud de las personas, por lo cual su uso y funcionamiento deberán estar "de acuerdo con lo que se disponga en los reglamentos de policía local", según previene el mandato superior transcrito. Así, pues, tal parte prohibitiva del artículo 14 acusado se ajusta a los mandatos legales.

En lo atinente a la parte sancionatoria de dicho artículo 14, la sentencia de instancia apelada declara su nulidad por juzgarla que viola el artículo 213 de la Constitución Nacional de Policía, que establece taxativamente tres únicos casos en los cuales opera el decomiso y el artículo acusado no se encuentra en ninguno de tales tres casos.

Al respecto la Sala concuerda con el Tribunal de origen por cuanto ciertamente esta parte del artículo 14 acusado no tiene asidero superior que la respalde, ni en lo atañadero a la sanción del comiso o decomiso, ni en lo referente al arresto por cinco días, como sanción principal, en caso de reincidencia. Obsérvese que esta parte del artículo 14 establece que quien viole la prohibición genaral ("el uso de cocinas en las calles y vías públicas") será sancionado con el comiso de los objetos que integran las cocinas y de los artículos en elaboración o elaborados, sin distinción de ninguna naturaleza, esto es, que el comiso cobija a todos los objetos y artículos. Y nótese que el numeral 3 del artículo 213 del Código Nacional de Policía sanciona con decocomiso las "bebidas, comestibles y víveres ('Víveres: Comestibles necesarios para el alimento de las personas': Diccionario de la Real Academia) *en mal estado de conservación*" (se destaca). El decomiso, pues, rige y es sanción aplicable en el evento, previamente comprobado, de que las bebidas y alimentos se encuentren "en mal estado de conservación", distinción esta que no hace el artículo 14, por lo cual quebranta el mentado artículo 213-3 del Código Nacional de Policía. Es cierto que el artículo 576 del Código Sanitario Nacional (Ley 9ª de 24 de enero de 1979) dispone que son aplicables como medidas de seguridad encaminadas a proteger la salud pública "el decomiso de objetos y productos" (literal c) y "la destrucción o desnaturalización de artículos o productos, si es el caso" (literal d), y que el artículo 577 *ibídem* impone el "decomiso de productos" como sanción para quien "viole las disposiciones de esta ley". —Normas todas estas de policía sanitaria— pero en todo caso habrá de estarse a la tipificación que en el Código Nacional de Policía se hace de las conductas que dan lugar a tales medidas, según lo acabado de explicar.

Finalmente el artículo 14 en estudio prevé una sanción especial para el caso de reincidencia: El "arresto de cinco (5) días", pero como sanción independiente, principal, y no como subsidiaria o supletiva. La sanción de "arresto supletorio" está prevista en el Código Nacional de Policía, artículo 186, numeral 17, conforme a adición que al respecto introdujo el artículo 121 del Decreto extraordinario número 522 de 1971. Tal supletoriedad o subsidiariedad o supletividad naturalmente dice relación con otra sanción principal, esto es, que el arresto supletorio juega en defecto de la sanción principal y en asuntos policivos justamente se establece el arresto supletorio como sanción conmutativa o sustitutiva de otra que no puede satisfacerse: En este sentido propio de convertibilidad o de medida sustitutiva el "arresto supletorio" tiene aplicación únicamente en el caso de conversión de la caución insatis-

fecha, en el evento condicional previsto en el inciso final del artículo 199 del Código Nacional Policivo, modificado por el artículo 122 del Decreto extraordinario número 522 de 1971, a razón de un (1) día de arresto supletorio o conmutable por cada cien pesos ($ 100.00) de la caución que exceda de quinientos pesos ($ 500.00) y no se otorgue dentro del plazo que señale la autoridad que impuso la sanción principal de caución.

IV-C. El *artículo 17* del Decreto 275 igualmente debe caer bajo la declaración de nulidad, al no encontrar soporte en norma superior. Tal artículo 17, al establecer la sanción del "decomiso y consiguiente pérdida de los artículos o mercancías", contraría la ley por las mismas razones anotadas arriba respecto del comiso o decomiso. Sin embargo precisa hacer una aclaración. No debe confundirse la facultad que a los Alcaldes da el artículo 213 del Código Nacional de Policía en su numeral 3 de decomisar "bebidas, comestibles y víveres *en mal estado de conservación*", con la competencia que le da al Alcalde de Bucaramanga el artículo 17 aludido cuando en su parte final lo autoriza para decomisar *artículos que puedan dañarse*. La ley no autoriza decomisar, en estos menesteres policivos, "artículos que puedan dañarse", el que al fin y al cabo todos los artículos comestibles o alimentos son susceptibles de daño, deterioro o contaminación, sino que solamente faculta a los alcaldes para decomisar los artículos que evidentemente se encuentren "en mal estado de conservación", previa la comprobación debida. Por tanto, será confirmado, del mismo modo, el fallo en apelación, sobre nulidad de dicho artículo 17.

IV-D. En cuanto hace al *artículo 18* acusado, que impone al infractor reincidente la sanción de "diez (10) días de arresto inconmutable en la cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga", en síntesis y para no hacernos largos en demasía, caben —y con mayor razón— las consideraciones expuestas antes cuando se habló de la sanción de arresto del artículo 14. De tal suerte, tatmbién recibirá confirmación al respecto la sentencia del Tribunal de origen que ha venido en apelación. Sin embargo, sobre el particular debe anotarse que contra tal artículo 18 del actor pretende sustentar su acusación en normas inexistentes, como atrás se vio.

IV-E. Dadas las claras razones apuntadas antes (Cfr.: punto II de esta providencia), habrá de revocarse la *suspensión provisional* ordenada por el *a quo* en el auto admisorio de la demanda respecto de los efectos de parte del *artículo 19* del Decreto 275. En consecuencia, se confirmará el fallo de instancia en la parte que dispuso revocar la medida precautelativa provisoria sobre el artículo 19 atacado.

IV-F. Para rematar, no puede pasar por alto la Sala el extendido e inveterado hecho de emitir la administración, en los diversos órdenes, reglamentos o actos unilaterales definitivos de carácter impersonal o abstracto, como el aquí acusado, con vigencia a partir de la fecha de su expedición, sin que antes haya sido promulgado debidamente, tal cual ocurre con el Decreto 275 en su artículo final, el 24. Sobre el particular cabe reproducir en seguida lo que dijo esta Sala en reciente fallo: "...debe destacarse el hecho consistente en que, no por constituir ya afincada práctica, deja de ser antijurídica del Organo Ejecutivo Nacional del Poder Público, la de proferir disposiciones con el

mandato imperativo de su vigencia a partir de su expedición, 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*. Quizás 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" (Cfr.: Sentencia de 15 de mayo de 1987. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Ponente: Consejero Benavides Melo. Expediente número 09. Actor: Carlos Galindo Pinilla).

En consideración a lo que se deja expuesto, el Consejo de Estado, por su Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído su colaborador del Ministerio Público,

Falla:

Primero. Confírmase la sentencia de fecha 6 de marzo de 1986 que ha venido en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto dispuso: a) Declarar la nulidad de los artículos diecisiete (17) y dieciocho (18) del Decreto número 275 de 16 de noviembre de 1982, dictado por el Alcalde Municipal de Bucaramanga, y de la parte del artículo actorce (14) *ibídem*, que dice: "...La violación del presente artículo, será sancionado (sic) con el decomiso de los objetos que la integran y de los artículos en elaboración o elaborados. En caso de reincidencia se sancionará con arresto de cinco (5) días"; b) Revocar la suspensión provisional de los efectos de parte del artículo decinueve (19) del mismo Decreto municipal 275 de 1982, que el mismo Tribunal de origen había ordenado en providencia de fecha 14 de marzo de 1985.

Segundo. Una vez en firme este fallo, envíese por Secretaría copia auténtica del mismo, *in integrum*, al señor Alcalde Municipal de Bucaramanga.

Tercero. Previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Santander.

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 veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO II

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS.

1. Cabe la aplicación analógica de las preceptivas que rigen en el ORDEN NACIONAL para el ORDEN LOCAL, respecto de la ESTRUCTURA, ORGANIZACION Y REGIMEN JURIDICO DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS (Reiteración).

2. Los ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. FINALIDAD PRINCIPAL. Prestación de un servicio público. Ello no presupone que deba exclusivamente desarrollar tal tipo de actividad y no puedan atenderse por este medio otras actividades igualmente esenciales del Estado.

3. CREACION DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS. ORDEN DEPARTAMENTAL Y LOCAL. No puede estar supeditada a la expedición por parte del Congreso de leyes cuadro que den las bases según las cuales pueda derivarse efecto.

4. ESTATUTOS BASICOS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS EN SUS DIFERENTES NIVELES. Expedición. ¿A quién corresponde?

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 173. Actores: Henry Ruiz Tose y Alirio Calderón Benavides.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10 de febrero de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en cuanto se denegaron en parte las súplicas de la demanda.

Antecedentes:

A. La demanda.

1. Los ciudadanos Henry Ruiz Tose y Alirio Calderón Benavides, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandaron la declaratoria de nulidad, en su totalidad, del Acuerdo número 17 de 8 de octubre de 1984 proferido por el Concejo Municipal de Popayán, "por el cual se

crea un establecimiento público" Empresa Municipal de Teléfonos de Popayán "y se adoptan sus estatutos".

2. Como hechos de la demanda se aducen en síntesis los siguientes:

1º El Acuerdo número 17 fue discutido y aprobado por el Concejo Municipal de Popayán en sus sesiones ordinarias del 17 de enero y extraordinarias del 25 de septiembre y 2 de octubre de 1984.

2º El proyecto de Acuerdo fue presentado por el señor Alcalde del Municipio de Popayán.

3º En su contenido el acto impugnado versa sobre la creación y adopción de los estatutos de la Empresa Municipal de Teléfonos de Popayán.

4º La publicación del acto tuvo lugar el 8 de octubre de 1984.

5º El Acuerdo demandado es inconstitucional e ilegal y es un acto de carácter general.

3. Como normas violadas y concepto de violación de las mismas, plantean los actores en síntesis, tres cargos, así:

Primer cargo: Infracción de los artículos 1º del Decreto 3130 de 1968 y 5º y 6º del Decreto 1050 de 1968.

Se violó el artículo 1º del Decreto 3130 de 1968 o Estatuto Orgánico de las Entidades Descentralizadas del Orden Nacional, que es el modelo a que deben ajustarse las entidades de ese mismo tipo en los órdenes departamental y municipal, por cuanto en él se prescribe que los institutos y empresas oficiales a que se refiere la Ley 65 de 1967, son conforme al Decreto 1050 de 1968, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, respondiendo cada uno de tales organismos a un concepto y características distintas, según los artículos 5º y 6º del Decreto antes mencionado. El acto acusado al mezclar los dos tipos de entidad: El establecimiento público y la empresa industrial y comercial vulnera también las normas citadas.

El establecimiento público responde a la idea del desarrollo de actividades "que envuelven autoridad estatal, que traducen en el poder del Estado, su facultad de imposición frente a los ciudadanos para sacar adelante el interés general", mientras que a las empresas corresponde el ejercicio de actividades comerciales e industriales "en las que el Gobierno no puede actuar con procedimientos de autoridad unilaterales, sino atendiendo a la consensualidad que es propia de ellas conforme a los Códigos que las rigen (Civil, de Comercio). En ellas aparece el ánimo de lucro de manera similar a lo que ocurre cuando las ejercen los particulares, pero con la diferencia de que no hay el fin egoísta o personal que anima a estos, sino el interés de la misma empresa e indirectamente de la comunidad".

No puede una entidad compartir dos regímenes distintos, como se pretende en el acto acusado. El establecimiento y la empresa industrial y comercial tienen objetivos, fines perfectamente diferenciables de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5º y 6º del Decreto 1050

de 1968. Se trata en realidad de una empresa industrial y comercial del orden municipal, vinculada al Municipio de Popayán, como se deduce con toda claridad de los artículos 3º, 11 y 28 literal h) del mismo Acuerdo impugnado, en los cuales se dispone que a ella corresponde la explotación de la telefónica municipal, que puede adquirir bienes con fines de rentabilidad y que a su Gerente compete la dirección de las acciones comerciales de la empresa. Actividades de explotación, rentabilidad y comercio "no pueden ser llevadas a cabo por entidades diferentes a las empresas industriales y comerciales del Estado. Precisamente dichas actividades caracterizan la naturaleza de tales empresas, según las normas jerárquicas superiores citadas".

Segundo cargo: Se violan los artículos 17 y 32 de la Constitución Nacional y 5º del Decreto 3135 de 1968, ya que aunque en el Acuerdo demandado se diga que las personas vinculadas a la empresa son empleados públicos y trabajadores oficiales, la regla general es aquella, pues la entidad es según el Acuerdo un establecimiento público y el artículo últimamente citado dispone para ellos tal preceptiva.

Como consecuencia, los actuales trabajadores de la empresa vinculados por un contrato de trabajo quedarían ubicados en una situación legal y reglamentaria, violándose así los artículos 17 de la Constitución Política, 53 y 54 del Decreto 2127 de 1945 reglamentario de la Ley 6ª de 1945, al hacerse imposible la sustitución patronal, con todos los efectos legales que ello implicaría, mientras tal fenómeno no ocurriría si el Acuerdo acusado diera a la entidad a que se refiere el calificativo que le corresponde, es decir, el de empresa industrial y comercial, pues allí la regla general es la de que los empleados sean trabajadores oficiales.

Tercer cargo: Se desconoció el artículo 197 numeral 4º de la Carta y el artículo 12 *ibídem* ya que no compete a los Concejos Municipales proveer por regla general sobre los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, sino simplemente crearlos, por iniciativa del Alcalde, pero dentro del marco establecido por la ley.

Y lo desarrolla en sus aspectos esenciales como sigue:

a) "En particular, en relación con las entidades descentralizadas del orden nacional, no existe ningún problema en cuanto a su reglamentación, que es la contenida en los indicados Decretos (venía hablándose de los Decretos 1050 y 3130 de 1968). Si estos no son aplicables a los organismos descentralizados del orden municipal, ¿entonces cuáles normas regulan la materia? Pues el mandamiento constitucional es muy claro: 'Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

> "'4ª Crear, a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley' (art. 197 de la C. N.).

"Para fortuna o infortunio, la ley que regule la creación de esas entidades descentralizadas del orden municipal aún no se ha expedido. Como así lo reconoce el eminente tratadista de Derecho Administrativo,

doctor Gustavo Penagos, cuando afirma que 'consciente el legislador del vacío que existe en materia de entidades descentralizadas del orden departamental y municipal, se ha intentado en varias oportunidades la expedición de una ley, que regule lo relativo a la creación de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta del orden departamental y municipal' (I Penagos, Gustavo. Administración Departamental y Municipal. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, septiembre de 1984, pág. 159). En la misma obra a partir de la anotada página, aparece el proyecto de Ley número 57 de 1981 'por la cual se establecen normas para la creación de entidades descentralizadas departamentales y municipales y la coordinación de sus servicios, y se dictan otras disposiciones'. También se transcribe en la indicada obra de Derecho Administrativo, la exposición de motivos al señalado proyecto de ley, efectuada por el señor Ministro de Gobierno de ese entonces, doctor Jorge Mario Eastman, quien manifestó que 'el proyecto sigue las orientaciones señaladas para esta clase de entes administrativos del nivel nacional en los Decretos 1050 y 3130 de 1968, con las particularidades propias de las entidades territoriales' (Ob. cit., pág. 167)".

"Quede claro, que a partir de la Reforma Constitucional de 1968, en que fue adoptado el artículo 62 del Acto legislativo número 1 de ese año, que corresponde al 197 de la Constitución Nacional, la creación de entidades descentralizadas del orden departamental y municipal debe efectuarse conforme a la ley (que aún no ha sido expedida)";

b) Según sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de 23 de agosto de 1984 "la facultad de creación de la personalidad jurídica es de origen legal";

c) Si en particular, "el Decreto 1050 de 1968 reconoce la personería jurídica a las entidades descentralizadas del orden nacional y si él no es aplicable a las del orden departamental y municipal, llégase a la conclusión que las de este último tipo(s) que fueren creadas, nacerían sin personalidad o personería jurídica, pues como vimos existe un vacío legal que no es posible llenar por la vía analógica dando aplicación a aquella norma, según lo ya establecido en el fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, reseñado.

"Y es lo que precisamente ha ocurrido con el acto demandado. Es un acto sin piso legal, que no se ajusta al mandamiento del artículo 197-4º de la Constitución Nacional. ¿Cómo puede decirse que el establecimiento público mediante él creado lo ha sido 'conforme' a la ley, si ésta aún no ha sido expedida? Porque si la hubiere, el Gobierno no tendría por qué estar presentando proyectos de ley al respecto".

B. Contestación de la demanda.

La Empresa Municipal de Teléfonos de Popayán, por conducto de apoderado, procedió a contestar la demanda aceptando como ciertos los hechos 1º a 4º y negando el 5º, al que se opone, por constituir precisamente la pretensión de la demanda instaurada.

Al analizar las normas invocadas como violadas expone, en resumen, que se trata de un conjunto de divagaciones sin indicar con

precisión la norma transgredida, pues ella no existe, como lo reconocen los mismos demandantes al afirmar que los Decretos 1050, 3130 y 3135 de 1968 rigen para las entidades descentralizadas del orden nacional pero no para las del orden local (fls. 136 a 139).

C. La sentencia recurrida.

El Tribunal Administrativo del Cauca en sentencia de 10 de febrero de 1986 accedió a despachar favorablemente el segundo cargo, en el sentido de declarar la nulidad de los artículos 25 literal b) y 34 del Acuerdo número 17 de 8 de octubre de 1984 expedido por el Concejo Municipal de Popayán y a denegar tal declaración respecto del resto del articulado de dicho Acuerdo. En relación con los cargos primero y tercero materia de controversia dijo:

Primer cargo: 1. Las normas de los Decretos 1050, 3130 (y 31 y 35) de 1968, no son aplicables al caso *sub lite* pues ellas versan sobre la reorganización y funcionamiento de la Administración Nacional, estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional y régimen prestacional de los empleados oficiales de carácter nacional, por lo tanto, no pueden haber sido violadas por el Acuerdo acusado

2. La ley prevé "que la función administrativa es actividad principal del establecimiento público; es decir, preponderante, pero no exclusiva. A veces puede ser conveniente que el establecimiento público desarrolle, a más de su objeto principal, constituido, como vimos por una función administrativa o un servicio público administrativo, actividades de índole variada, por ejemplo social, cultural, o industrial y comercial".

A pesar de la homogeneidad que se pretendió lograr con la Reforma Administrativa de 1968 en los elementos que conforman las distintas categorías de entidades descentralizadas, hoy en día la denominación "establecimiento público" es un título que no la implica, ya que la misma ley cataloga como tales entidades que desarrollan las funciones más variadas y disímiles entre sí, como por ejemplo clubes casas fiscales, zonas francas, etc.

3. El Decreto 3049 de 1968, integrante de la Reforma Administrativa del mismo año, atribuye la prestación de los servicios de telecomunicaciones, correspondencia, postales, radiodifusión oficial y televisión, así como los servicios asistenciales de su empleados, a establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Comunicaciones, como son la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Administración Postal Nacional, Instituto de Radio y Televisión y Caja de Previsión Social de Comunicaciones.

4. El organismo creado por el Acuerdo número 17 no es una empresa industrial o comercial ni un ente con dos regímenes diferentes. A un servicio público que prestaba el Municipio se le ha dotado de personalidad jurídica, creando un establecimiento que lo hace ahora en las condiciones de autonomía propias de estos y previstas en dicho Acuerdo.

Tercer cargo: Como lo ha sostenido el Consejo de Estado en sentencias de 10 de diciembre de 1965, Sala de lo Contencioso Adminis-

trativo, Sección Segunda; 8 de junio de 1971, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; 4 de agosto de 1972, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, la personería jurídica de los entes descentralizados locales se las confiere el acto de su creación, sin necesidad de ley particular u otorgamiento administrativo, pero con sujeción a la ley que rija en la materia y a la iniciativa de origen gubernamental, tal como lo preveén los artículos 187 numeral 6º y 197 numeral 4º de la Carta Política.

En la última de las providencias mencionadas expresó el Consejo:

"...de acuerdo con los artículos 187 numeral 6º y 197 numeral 4º de la Constitución Nacional, las Asambleas y los Concejos, pueden bajo ciertas condiciones, crear establecimientos públicos, modificar la estructura de los existentes y extinguirlos, si quieren reasumir las funciones que en un momento dado juzgaron oportuno encomendarles.

"Según los artículos 187 numeral 6º y 197 numeral 4º esas condiciones son dos, a saber, que ello se haga por iniciativa del Gobernador o del Alcalde y conforme a las normas que determine la ley: a) Iniciativa del Gobernador o del Alcalde... b) La segunda condición o sea que la creación, modificación o extinción de los establecimientos públicos departamentales o municipales se haga conforme a las reglas que determine la ley es de más difícil interpretación. De hecho, hasta la fecha, el Congreso no ha dictado ninguna ley cuadro que fije las normas mínimas para crear establecimientos públicos departamentales o municipales, modificar la estructura de los existentes o extinguirlos. Pero, es evidente que la creación, modificación o extinción de establecimientos públicos no puede estar supeditada a la expedición por parte del Congreso de leyes cuadro que den las bases según las cuales ello pueda llevarse a efecto. Pretender esto, sería paralizar el contínuo fluir del derecho y su adaptación a las circunstancias cambiantes de la vida" (fls. 183 a 196).

D. El recurso de apelación.

Sostiene en síntesis la parte demandante al sustentar el recurso de apelación, lo siguiente:

a) Llega el Tribunal a la conclusión de que dada la inaplicabilidad de las disposiciones que integran la Reforma Administrativa de 1968 y en especial del Decreto 3130 pueden los Concejos Municipales crear organismos descentralizados, sin ningún marco de referencia.

El Acuerdo 17 crea un establecimiento público que es, a todas luces, una empresa industrial y comercial olvidando que el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 8 de agosto de 1973 anuló el artículo 3º del Decreto reglamentario 1848 de 1969 que preveía la posibilidad de crear establecimientos públicos industriales y comerciales, llegándose así a invertir "el principio general de lógica jurídica que dice que el que puede lo más puede lo menos y en el caso concreto llevaría a concluir que si la Nación no puede crear 'establecimientos públicos industriales y comerciales', los municipios sí los pueden crear por intermedio de sus Concejos";

b) "Se hace en la sentencia impugnada la fatal afirmación de que lo que da personería a un establecimiento es el acto que lo crea. Hace esta afirmación el honorable Tribunal para concluir que basta que se expida el acto creador para que el organismo creado tenga personería, sin que haya necesidad de ley de la República *que establezca dicha personería*".

"Los establecimientos públicos y demás organismos descentralizados que se crean a nivel departamental o municipal nacen sin personería jurídica y sin posibilidad de obtenerla por el acto creador, pues se contravendría la Constitución" en sus artículos 12 y 197 numeral 4º en cuanto ellos establecen "que la capacidad, el reconocimiento, y en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana" y que "la creación de organismos descentralizados municipales se hará conforme a las normas que determine la ley" (fls. 199 a 201).

E. Concepto de la fiscalía.

Considera el señor Fiscal Primero debe confirmarse la sentencia apelada y para ello se apoya en la sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación con ponencia del honorable Consejero Carlos Galindo Pinilla, de 18 de febrero de 1981 (*Anales del Consejo de Estado*. Tomo C., Primer Semestre de 1981, págs. 523 y 524), algunos de cuyos apartes transcribe (fls. 9 a 13).

Consideraciones:

No procede analizar las razones y la decisión del Tribunal en lo relacionado con la declaratoria de nulidad de los artículos 25 literal b) y 34 del Acuerdo 17 de 8 de octubre de 1984 impugnado, en cuanto a la clasificación que hacen de las personas que prestan sus servicios a la empresa, entre empleados públicos y trabajadores oficiales y el deferimiento que se radica en su Junta Directiva para hacer la catalogación correspondiente. Y ello porque estas normas acusadas en la formulación del segundo cargo, fueron anuladas por el Tribunal.

El recurso del apelante así mismo se concretó a lo desfavorable a él.

Se contraerá entonces el presente estudio a los otros cargos: El primero y el tercero.

I

Primer cargo:

Por razones de claridad se dividirá su análisis en dos partes así: Versará la primera sobre la presunta violación del artículo 1º del Decreto número 3130 de 1968 y la segunda sobre la supuesta infracción de los artículos 5º y 6º del Decreto 1050 de 1968, así:

1. Se plantea este respecto de la violación, por el Acuerdo 17 acusado, del artículo 1º del Decreto 3130 de 1968, que es del siguiente tenor:

> "De las entidades descentralizadas. Los institutos y empresas oficiales a que se refiere la Ley 65 de 1967, son, conforme al Decreto extraordinario 1050 de 1968, de tres tipos: Establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Las expresiones instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales, empleados para designar personas jurídicas del orden nacional, equivalen, igualmente, a esas tres categorías jurídicas, las cuales se designarán con el nombre genérico de 'entidades descentralizadas' ".

Este precepto según se deduce de su simple lectura, se limita a enumerar las distintas categorías de entidades descentralizadas sin tipificar en particular ninguna de ellas. Luego no se concibe cómo se pueda infringir dicho artículo que constituye apenas una mera enunciación de personas descentralizadas.

Las razones anteriores son más que suficientes para que la Sala deseche el cargo, todo lo cual la releva a su vez de entrar a examinar las consideraciones del Tribunal sobre el mismo.

2. a) Los artículos 5º y 6º del Decreto-ley número 1050 de 1968 preceptúan textualmente:

> "Artículo 5º De los establecimientos públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnan las siguientes características:
>
> "a) Personería jurídica;
>
> "b) Autonomía administrativa, y
>
> "c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".
>
> "Artículo 6º De las empresas industriales y comerciales del Estado. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnan las siguientes características:
>
> "a) Personería jurídica;
>
> "b) Autonomía administrativa, y
>
> "c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial";

b) No comparte la Sala la afirmación del Tribunal en cuanto concierne a la inaplicabilidad de las normas que conforman la Reforma Administrativa de 1968 y entre estas específicamente los Decretos-ley 1050 y 3130 de ese año, a las entidades descentralizadas por servicios del orden local.

En jurisprudencia reiterada esta Corporación ha sostenido que a falta de norma expresa para el orden local, cabe la aplicación analógica de las preceptivas que rigen en el orden nacional respecto de la estructura, organización y régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios. Baste citar entre otras las sentencias de 8 de junio de 1971, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. *Anales 1971*, 1er. Semestre, Tomo 80, números 429 y 430, página 312; 4 de agosto de 1972, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. *Anales 1972*, 2º Semestre, Tomo 83, números 435 y 436, página 361; 9 de noviembre de 1973, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. *Anales 1973*, 2º Semestre, Tomo 85, números 439 y 440, página 272 y 18 de febrero de 1981, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. *Anales 1981*, 1er. Semestre, Tomo C., páginas 523 y 524.

En reciente concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, con ponencia del honorable Consejero Humberto Mora Osejo, que esta Sala comparte en su totalidad se expone:

"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 estas 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 Concejos intendenciales y comisariales".

"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)". (Concepto de 21 de noviembre de 1986. Radicado bajo el número 080, publicación autorizada según Oficio número 3033 de 30 de enero de 1987. Extractos de Jurisprudencia, marzo de 1987, pág. 319);

c) Del texto del artículo 5º del Decreto-ley 1050 de 1968, se infiere que si bien los establecimientos públicos se crean principalmente con la finalidad de dotar de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente a una actividad que desarrolla el Estado, más exactamente a un servicio público de carácter administrativo, lo que implica su sujeción a las reglas del derecho público, ello no significa que sea ésta la única actividad a la que pueda dotarse de tal forma organizativa con el corolario necesario de la sujeción al derecho público, es decir, ello no presupone que el establecimiento público deba exclusivamente desarrollar tal tipo de actividad y no puedan atenderse por este medio otras actividades igualmente esenciales del Estado. Es el acto de creación, el estatuto orgánico de la entidad el que determina su naturaleza y por tanto su régimen jurídico. Es este el sentido de la expresión que trae el artículo citado, cuando dice: "Encargado principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público" y, así lo reitera el artículo 30 *ibídem* cuando dispone que el establecimiento público se ceñirá, en el cumplimiento de sus funciones, a la ley o norma que lo creó y a sus estatutos.

Es en el momento de la creación de la entidad, o de su transformación si es el caso, cuando el organismo competente para ello opta por atender la actividad con sujeción al derecho público y crea en consecuencia un establecimiento público. Lo que no podría hacerse, sin violar los artículos 5º y 6º mencionados, sería crear un establecimiento público y sujetarlo al derecho privado, o a la inversa, crear una empresa industrial y comercial y someterla en su totalidad al derecho público. Y ello porque precisamente el régimen jurídico aplicable al uno y al otro es elemento diferenciador entre ellos.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en sostener que bien pueden los establecimientos públicos atender o desarrollar actividades no propias o esencialmente administrativas, como se desprende de los fallos antes citados.

En el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil a que antes se hizo referencia, se expone lo siguiente, que esta Sala prohíja en su totalidad:

"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 estas:* 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 pudee 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 de 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 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".*

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia que a partir de la sentencia de 30 de julio de 1982 había sentado la tesis que el actor esgrime en el presente caso, en reciente fallo (sentencia de 6 de febrero de 1987, con ponencia del honorable Magistrado, doctor Jacobo Pérez Escobar. Número de radicación 0425) volvió a la tesis sostenida en sentencia de esa misma Corporación de 19 de agosto de 1976, y al efecto dice lo siguiente:

"Considera la Sala, después de reflexionar hondamente sobre su tesis sentada en la sentencia de 30 de julio de 1982 y reiterada posteriormente, que debe rectificarla y volver a la inicial doctrina expuesta el 19 de agosto de 1976, por las siguientes razones:

"En el fallo de 30 de julio de 1982 se da un solo argumento para concluir que a pesar de lo dispuesto en el artículo 1º del Acuerdo número 72 de 1967, la Empresa de Teléfonos de Bogotá no es un establecimiento público sino una empresa industrial y comercial del Distrito Especial, argumento consistente en expresar que 'la prestación del servicio público telefónico y similares' 'no es una función pública

administrativa que corresponda a atributos propios del Estado, y que por sus características encaja con mayor propiedad dentro de las finalidades de las empresas comerciales o industriales del Estado'., que define el artículo 6º del Decreto-ley 1050 de 1968. Luego el Acuerdo número 72 por haberse apartado del criterio legal contenido en el artículo 6º citado como en el 5º *ibídem*, no debe aplicarse porque prevalece la ley.

"..... .

"Ahora examinemos la normatividad básica sobre los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado para clarificar sus conceptos y las competencias para su creación.

"El Acto legislativo número 1 de 1968 dispone en el numeral 4 del artículo 62, que corresponde al 197 de la codificación constitucional vigente; que son atribuciones de los Concejos 'crear a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley'.

"Fue el Decreto-ley 1050 de 1968, expedido antes de la Reforma Constitucional del mismo año, el que vino a definir las entidades descentralizadas, las cuales son unas adscritas y otras vinculadas a la Administración centralizada nacional o departamental, intendencial, comisarial o municipal o distrital. De las definiciones de los artículos 5º y 6º del Decreto 1050 de 1968 se desprende que las características diferenciales entre los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales son las siguientes:

"1ª El establecimiento público tiene *patrimonio independiente*, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial; en tanto que las empresas industriales y comerciales del Estado tienen *capital independiente*, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

"2ª Los establecimientos públicos están encargados *principalmente* de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público; en tanto que las empresas industriales y comerciales del Estado desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado.

"3ª Los establecimientos públicos son entes *adscritos* a la administración central, mientras que las empresas son entes *vinculados* a la misma, lo que significa *diferente grado en el ejercicio del control de tutela gubernamental* sobre dichos organismos ,siendo mayor el de los establecimientos públicos porque están más cercanos a la administración de la Nación o de las entidades territoriales a que pertenezcan. Conforme al artículo 7º del Decreto-ley 1050 de 1968, 'la autonomía administrativa y financiera de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que los rigen'. Es decir, que es el acto creador el que debe determinar si el ente administrativo descentralizado estará adscrito o vinculado. Esto lo confirma el artículo 4º del Decreto-ley

3130 de 1968 al tratar de las entidades descentralizadas indirectas, según el cual también debe atenderse a la intención de sus creadores para determinar su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal.

"Recientemente las Leyes 3ª y 11 de 1986 han adoptado para los Departamentos y Municipios las nociones anteriores, con lo cual se terminó la discusión sobre si les eran o no aplicables a las entidades territoriales las normas del Decreto-ley 1050 de 1968.

"De lo dicho se desprende que las diferencias entre los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado no se dan por un solo elemento sino que hay que tener en cuenta varios, un verdadero conjunto de características, que la sentencia del 30 de julio de 1982 no consideró en su totalidad, porque se limitó a mencionar uno: El de la actividad principal.

"Pero hay algo más: La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia definió los establecimientos públicos en sentencia de 1º de agosto de 1969, es decir, estando ya vigente el artículo 5º del Decreto-ley 1050 de 1968, en los siguientes términos:

" 'Es la entidad creada por Acto legislativo (Ley, Ordenanza, Acuerdo), con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, a cuyo cargo y responsabilidad está un servicio público o una actividad de utilidad o interés social' ".

"Según esta jurisprudencia, se recalca, el establecimiento público debe tener por objeto la prestación de 'un servicio público o una actividad de utilidad o interés social', como es el caso de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, según lo dispuesto por el artículo 1º del Acuerdo número 17 de 1967 y no únicamente la realización de actos de poder o 'propios de los atributos del Estado'.

"...ya se vio cómo la misma Corte ha considerado como objeto legítimo de los establecimientos públicos el que tengan 'a su cargo y responsabilidad un servicio público', y es evidente que el telefónico es un servicio público fundamental en la vida contemporánea. Tan fundamental, que el artículo 181 del Decreto-ley 222 de 1983 expresa que 'los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones son administrativos'. Luego agrega la razón de esta clasificación. 'Tienen por objeto la concesión de los medios de transmisión en el ramo de telecomunicaciones que son propiedad del Estado, con una finalidad de interés público', y el artículo 184 *ibídem*, al tratar del objeto del contrato de concesión para la prestación del servicio de correspondencia pública, dice que mediante dicho contrato 'el Estado permite a personas naturales o jurídicas establecer conexión con las redes nacionales e internacionales con el objeto de recibir del público mensajes telegráficos o *telefónicos*, de facsímil, de télex y de transmisión de datos, mediante el pago de los derechos que determinen los reglamentos del Gobierno' ";

d) En cuanto a la pretendida inversión del principio general de lógica jurídica según el cual "quien puede lo más puede lo menos" que al decir del recurrente se daría al aceptarse por esta Corporación que la entidad creada por el Acuerdo demandado es un establecimiento

público, cabe observar en primer lugar, que no es un principio general de derecho que pueda aplicarse para determinar la competencia de los organismos de la Administración Pública, en el caso *sub lite*, la de los Concejos Municipales respecto de la creación de las entidades descentralizadas por servicios —establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta—, ni para determinar los elementos o supuestos que puedan o no existir como condicionantes de su ejercicio, ya que el artículo 197, numeral 4 de la Carta Política les confiere aquella y les señala en forma expresa los requisitos para hacer uso de la mencionada atribución, como son la iniciativa del Alcalde y la sujeción a las normas que determine la ley, que como ya vimos, en la actualidad, son precisamente las que conforman la Reforma Administrativa de 1968.

De otra parte, el citado principio no es aplicable en el caso *sub júdice*, pues no se trata de una relación de más o menos o a la inversa, se trata simplemente de que la Constitución Nacional en su artículo 76 numeral 10 previó como atribución del Congreso, por medio de ley, la expedición de lo que allí mismo se denomina "los estatutos básicos" de las entidades descentralizadas por servicios tanto del orden nacional, como local en sus diferentes niveles (puesto que la norma es genérica, es decir, para toda la Administración Pública), los cuales deben ser respetados o acatados al crear, modificar o extinguir tales entidades.

II

Tercer cargo:

Observa la Sala:

1. El hecho de que a la fecha de la expedición del Acuerdo número 17 acusado no existiera el estatuto básico específico de las entidades descentralizadas del orden municipal, no implica que los Concejos estuvieran legalmente impedidos para hacer uso de la competencia a ellos atribuida por el artículo 197 numeral 4 de la Carta Fundamental. Ya en varias oportunidades se ha pronunciado esta Corporación al respecto y entre otras en la sentencia de 4 de agosto de 1972 (Sección Primera. Ponente doctor Lucrecio Jaramillo Vélez. Expediente 1681. Actor: Jairo E. Duque Pérez. Diccionario Jurídico, Tomo II, pág. 340), citada por el Tribunal en el fallo recurrido, de la cual se destaca el siguiente aparte: "...De hecho hasta la fecha, el Congreso no ha dictado ninguna ley cuadro que fije las normas mínimas para crear establecimientos públicos departamentales o municipales, modificar la estructura de los existentes o extinguirlos. Pero, es evidente que la creación, modificación o extinción de establecimientos públicos no puede estar supeditada a la expedición por parte del Congreso de leyes cuadro que den las bases según las cuales ello pueda llevarse a efecto. Pretender esto, sería paralizar el continuo fluir del derecho y su adaptación a las circunstancias cambiantes de la vida".

2. Es así entonces que la facultad de crear tales establecimientos, lo mismo que las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta, está deferida por el artículo 197, numeral 4 a los

Concejos, a iniciativa del Alcalde y ello, como emanación de la función de reglamentar la administración municipal que ellos cumplen por excelencia.

El rezago del legislador en proveer a la expedición del Estatuto de dichos organismos descentralizados no puede erigirse en obstáculo para que los Concejos los creen y organicen ya que la dinámica de los Municipios con su adehala de necesidades de cada momento, impone la realidad de echar mano del mecanismo de tal descentralización para satisfacerlas y así prestar cada vez mejor el servicio público que reclama la comunidad.

3. Sostiene el demandante al sustentar el recurso, que como consecuencia de la inaplicabilidad al orden local de las normas que integran la Reforma Administrativa de 1968 y por no existir ley atinente a las entidades descentralizadas de tal orden, tal como lo prevén los artículos 187, numeral 6 y 197, numeral 4 de la Constitución Política, dichas entidades de ser creadas carecerían de personería jurídica y de posibilidad de obtenerla, en la medida en que el acto creador —Ordenanza o Acuerdo municipal— no podría sin violar el artículo 12 *ibídem* conferírselas, pues según éste la capacidad, el reconocimiento y en general el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana.

Se observa al respecto que aún antes de la Reforma Administrativa de 1968, la Ley 151 de 11 de diciembre de 1959, en su artículo 1º había dispuesto que las empresas y establecimientos públicos descentralizados cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son entidades con autonomía administrativa, *personería jurídica* y patrimonio independiente. En consecuencia, no existe el vacío legal a que alude al recurrente.

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

Falla:

Confírmase la sentencia de 10 de febrero de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión del diecisiete (17) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Ausente con excusa legal; *Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PRESUPUESTO GENERAL DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA.

1. Mediante las disposiciones generales no se pueden crear nuevos impuestos ni modificar los existentes.

2. Facultad legal del Alcalde por conducto del Secretario de Hacienda para proponer la creación de nuevas rentas o recursos.

Acuerdo número 9 de 1985, del Concejo de Bogotá, Acuerdo número 6 de 1985, artículos 27 y 92, Acuerdo número 21 de 1983, artículo 115, Ley 14 de 1983.

El Concejo del Distrito Especial de Bogotá, expidió el presupuesto ordinario de rentas e ingresos y dentro del mismo Acuerdo impuso una sobretasa al impuesto de industria y comercio. Son los actos acusados.

Sostuvo el Consejo de Estado que de la confrontación de las siguientes normas: a) Acuerdo número 6 de 1985, artículos 27 y 92; Acuerdo número 21 de 1983, artículo 115 y Ley 14 de 1983, artículo 33, se está desconociendo la ley.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Actor: Distrito Especial de Bogotá.

Referencia: Radicación número 1638. Apelación del Auto de noviembre de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y suspensión provisional de los artículos 8º y 48 del Acuerdo 9 de 1985 del Concejo Distrital de Bogotá y los artículos 8º y 48 del Decreto 204 de febrero 20 de 1986 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra el auto de 5 de noviembre de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del artículo 8º del Acuerdo número 9 de 1985 del Concejo Distrital de Bogotá y el artículo 8º del Decreto 204 de 1986 del Alcalde Mayor de Bogotá.

Antecedentes:

El Concejo del Distrito Especial de Bogotá, expidió el Acuerdo número 9 de 1985 por el cual, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales expidió el Presupuesto Ordinario de Rentas e Ingresos y de Inversiones y Gastos para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 1986 y se dictan otras disposiciones. Dicho acuerdo, en su artículo 8º estableció: "Durante el año de 1986 se cobrará el uno por mil mensual adicional al Impuesto de Industria y Comercio y de Avisos" (fl. 24).

El mismo Acuerdo, en el artículo 48 estableció:

"*Artículo 48.* El término establecido en los artículos 61 y 64 del Acuerdo 21 de 1983 para resolver los recursos de reposición y apelación se suspenderá en los siguientes casos:

"Cuando durante el trámite de los recursos se dé aplicación a lo dispuesto por los artículos 65 y 66 del mismo Acuerdo, eventos en los cuales la suspensión operará desde la fecha de introducción al correo o de su notificación personal hasta el vencimiento de los términos de que tratan los artículos citados según el caso.

"Cuando se decrete de oficio o a solicitud de parte la práctica de pruebas, caso en el cual la suspensión operaría por el término único de tres (3) meses a partir de la fecha en que se decreta la primera prueba".

Dicho acuerdo fue objetado por el Alcalde del Distrito Especial, el Concejo declaró fundadas las citadas objeciones y el Acuerdo fue sancionado por el Alcalde Mayor quien también procedió a liquidar el presupuesto aprobado por el Concejo Distrital y lo hizo, mediante el Decreto 204 de 1986, el cual, en sus artículos 8º y 48, incluyó las normas ya transcritas (arts. 8º y 48 del Acuerdo 9 de 1986).

En acción de nulidad, dichos artículos del Acuerdo y del Decreto citados, fueron demandados ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y allí se pidió la suspensión provisional de los mismos.

Como fundamento de sus peticiones, la distinguida demandante da los siguientes argumentos:

1. El acto administrativo por el cual se expide un presupuesto, en este caso el del Distrito Especial de Bogotá, es un acto condición que no puede contener medidas de carácter general, de aquellas que se pueden calificar como acto regla y a las cuales están subordinados.

El Acuerdo por el cual se expide el presupuesto, está subordinado a la Constitución Nacional, a la ley y a los acuerdos orgánicos que regulan la formación del presupuesto y a los que regulan las fuentes de ingresos como son los que reglamentan los impuestos que constituyen recursos propios, en este caso de los municipios.

Así las cosas no es posible que al expedir el presupuesto anual, el Acuerdo pueda crear situaciones jurídicas nuevas, como lo es una sobretasa al Impuesto de Industria y Comercio o modificar los procedimientos relacionados con el agotamiento de la vía gubernativa.

2. Por aplicación analógica del Decreto 294 de 1973, normativo del presupuesto nacional, se puede afirmar que los actos demandados son ilegales porque en el presupuesto no pueden incluirse ingresos que no hayan sido decretados por leyes o acuerdos preexistentes, de manera que cuando se buscan nuevas fuentes de ingresos de carácter tributario, se requiere que la autoridad competente, en el caso de autos, el Concejo haya expedido previamente el Acuerdo respectivo; así lo prevé expresamente el artículo 92 del Código Fiscal de Bogotá.

3. Las disposiciones generales que se incluyan en el presupuesto solamente pueden referirse a su ejecución para la vigencia fiscal respectiva.

4. El artículo 115 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial, expresamente establece que "no podrán establecerse ningún tipo de contribuciones, sobretasas o impuestos sobre la base de los Impuestos de Industria, Comercio y Avisos. El único impuesto, sobretasa o contribución del orden distrital relacionado con los ingresos brutos de los contribuyentes será el de industria y comercio y de avisos. *Parágrafo transitorio:* Durante el año de 1984, podrá cobrarse el 1% mensual adicional de impuesto de industria, comercio y avisos para compensar los dineros que dejen de percibir las entidades descentralizadas por lo previsto en el presente artículo. Se exceptúan de este incremento todas las actividades industriales, para las cuales la tarifa del impuesto de industria y comercio en el artículo 21 del presente Acuerdo sea igual al 7%".

5. Se violan los límites de tarifas, establecidos por el legislador para el impuesto de industria y comercio en la Ley 14 de 1983.

6. La regulación del trámite de los recursos, viola el artículo 3º del Decreto-ley 294 de 1973 y el artículo 27 numeral 3º del Código Fiscal del Distrito, los cuales prohíben que a través de las disposiciones presupuestales se modifiquen acuerdos vigentes. Y además porque el tema de la vía gubernativa es ajena a los asuntos presupuestales.

Auto apelado:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, mediante el auto apelado, proferido el día 5 de noviembre de 1986 aceptó la demanda y decretó la suspensión provisional de los artículos 8º del Acuerdo número 9 de 1985 del Concejo Distrital de Bogotá y del Decreto 204 de 1986 del Alcalde Mayor de Bogotá.

No la decretó para los artículos 48 de los mismos actos.

Recurso de apelación:

La representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, oportunamente interpuso recurso de apelación contra dicha providencia con base en la siguiente argumentación:

1. Las normas suspendidas no crean un nuevo impuesto, ni sobretasa, ni una nueva contribución, simplemente incrementan las

tarifas que se aplican a las actividades industriales, comerciales y de servicio sobre la base gravable, para fijar el monto del impuesto de industria y comercio.

2. El artículo 33 de la Ley 14 de 1983 prescribe que obtenida la base gravable, para determinar el valor del impuesto de industria y comercio se aplican las tarifas que determinen los Concejos Municipales, y esta facultad fue ejercida legalmente a través de los actos suspendidos.

Se considera:

El Acuerdo número 9 de 1985 del Concejo de Bogotá, por el cual se expide el presupuesto ordinario de rentas e ingresos y de inversiones y gastos para la vigencia fiscal de 1986 y el Decreto 204 de 1986 del Alcalde Mayor de Bogotá, por el cual se expide la liquidación definitiva del Presupuesto Ordinario de Rentas e Ingresos y de Inversiones y Gastos para 1986, luego de algunas objeciones, en su artículo 8º dispusieron:

"Durante el año de 1986 se cobrará el uno por mil mensual adicional al Impuesto de Industria y Comercio y de Avisos".

Dicha norma fue suspendida provisionalmente mediante auto del 5 de noviembre de 1986 de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por considerar que se violaron las *siguientes* normas: Artículo 197 ordinal 2º de la Constitución Nacional, artículo 3º del Decreto-ley 294 de 1973, artículos 20-27 y 90 del Acuerdo 6 de 1985 del Concejo de Bogotá D. E., artículo 115 del Acuerdo 21 de 1983.

La recurrente afirma que dichas violaciones no se dan por cuanto el Concejo del Distrito no está creando un nuevo impuesto, ni sobretasa, sino fijando las tarifas del ya existente impuesto de industria y comercio.

A juicio de la Sala, evidentemente, con la norma demandada se violan de manera manifiesta las siguientes disposiciones: En la parte que se subraya.

"Acuerdo número 6 de 1985.

"Artículo 27: *Componentes del presupuesto.*

"El Presupuesto General del Distrito Especial de Bogotá, tanto para la Administración Central como para las entidades descentralizadas se componen de las siguientes partes:

"1. El presupuesto de ingresos que contendrá la estimación de todos los recursos que se espera recaudar y recibir en el año fiscal.

"2. El presupuesto de apropiaciones que contendrá en detalle las asignaciones para inversión y para gastos.

"3. Las disposiciones generales tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General del Distrito Especial de Bogotá, las cuales regirán únicamente durante el año fiscal para el cual se

expidan. *Por medio de las disposiciones generales no se podrán crear nuevos impuestos, ni modificar los existentes, ni autorizar recursos del crédito con carácter permanente, ni derogar, ni modificar acuerdos vigentes, ni disponer nuevos gastos.*

"4. La planta de personal vigente a la fecha de preparación del proyecto acompañada de las modificaciones propuestas y la justificación correspondiente".

"Artículo 92. Limitaciones en el estudio del proyecto de presupuesto.

"La Comisión de Presupuesto y Hacienda del Concejo de Bogotá estudiará el proyecto de presupuesto para cada vigencia fiscal, con anterioridad al primer debate en la Comisión General y actuará de conformidad con las siguientes limitaciones:

"1. Solamente el Alcalde Mayor por cunducto del Secretario de Hacienda podrá proponer la creación de nuevas rentas o recursos y *la modificación de las tarifas existentes, para lo cual se requerirá en todos los casos que el Concejo expida el Acuerdo correspondiente, con anterioridad a la aprobación del presupuesto.*

"2. *Si el Concejo expidiera los correspondientes Acuerdos creando nuevas rentas o recursos o incrementando las tarifas existentes, de conformidad con lo propuesto por el Alcalde en proyecto separado, se incorporarán estos recursos adicionales junto con las respectivas apropiaciones al proyecto de presupuesto.*

"....."

"Acuerdo número 21 de 1983:

"Artículo 115. Imposibilidad de establecer contribuciones, sobretasas o impuestos sobre la base de los ingresos brutos. No podrán cobrarse ni establecerse ningún tipo de contribuciones, sobretasas o impuestos sobre la base de los impuestos de industria y comercio y de avisos. El único impuesto sobre tasa o contribución del orden distrital relacionado con los ingresos brutos de los contribuyentes será el de industria, comercio y avisos.

"Parágrafo transitorio. Durante el año de 1984 podrá cobrarse un 1% mensual adicional de impuesto de industria, comercio y de avisos para compensar los dineros que dejen de percibir las entidades distritales por lo previsto en el presente artículo. Se exceptúan de este incremento todas las actividades industriales para las cuales la tarifa del impuesto de industria y comercio es en el artículo 21 del presente Acuerdo igual al 7%".

"Ley 14 de 1983:

"Artículo 33. El impuesto de industria y comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: Devoluciones ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones. Recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios.

"Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites:

"a) *Del 2 al siete por mil (2-7 x 1.000) mensual para actividades industriales y,*

"b) Del 2 al diez por mil (2-10 x 1.000) mensual para actividades comerciales y de servicios".

"....."

De la simple confrontación de la disposición impugnada y suspendida con las normas transcritas, se observa que se están desconociendo los mandatos superiores así:

1. Los actos cuestionados adoptan el presupuesto para el Distrito Especial de Bogotá en el año de 1986, y por lo tanto, deben someterse a las normas orgánicas del presupuesto, aplicables al Distrito Especial de Bogotá y contenidas en el correspondiente Código Fiscal.

2. El punto controvertido sobre el cobro de una suma adicional al impuesto de industria y comercio, debe confrontarse con las disposiciones que regulan dicho impuesto y concretamente con el Acuerdo número 21 de 1983 y la Ley 14 del mismo año.

3. El artículo 27 ordinal 3º, transcrito, del Acuerdo número 6 de 1985 (Código Fiscal de Bogotá), se desconoce, por cuanto allí expresamente se establece que no se pueden *modificar los impuestos ya existentes, ni derogar, ni modificar acuerdos vigentes,* en los actos que fijan las disposiciones generales tendientes a asegurar la correcta ejecución presupuestal, en una determinada vigencia fiscal.

4. Igualmente se desconoce el artículo 92 del citado Código Fiscal de Bogotá (Acuerdo número 6 de 1985, según el cual la iniciativa para crear nuevas rentas o recursos y las modificaciones a las ya existentes, la tiene el Alcalde y se requiere que se expida el Acuerdo correspondiente, *con anterioridad a la aprobación del presupuesto.* En el presente caso, no existe ese acuerdo previo, sino que la decisión se toma al expedir el mismo presupuesto.

5. Por su parte, el artículo 115 del Acuerdo número 21 de 1983 por el cual se reguló el impuesto de industria, comercio y avisos en Bogotá expresamente prohíbe establecer cualquier tipo de contribuciones, sobretasas o impuestos, sobre la base de los impuestos de industria, comercio y avisos, lo cual se desconoce al establecer una suma adicional para el año de 1986.

6. Se vulnera también de manera manifiesta el artículo 33 de la Ley 14 de 1983 por cuanto con la norma demandada se fija un impuesto que en determinados casos sobrepasa el límite establecido en dicho artículo de la Ley 14 de 1983, que es del 7% para actividades industriales.

Los argumentos expuestos por la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, al sustentar el recurso de apelación, según los cuales el Concejo Distrital con el acto suspendido no está creando un impuesto o sobretasa y solamente está modificando la tarifa del

impuesto ya existente, ya para lo cual tiene competencia de conformidad con la Ley 14 de 1983, son planteamientos que no afectan lo antes anotado, toda vez que es cierto que el Concejo tiene competencia para fijar las tarifas del impuesto de industria y comercio, pero ello debe hacerlo en un acto expedido para tal efecto, ya que de conformidad con las normas transcritas no es jurídicamente posible incluirlo en el acto por el cual se expide el presupuesto para una determinada vigencia fiscal.

Así las cosas, considera la Sala, que evidentemente en el presente caso se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para suspender los artículos 8º del Acuerdo número 9 de 1986 del Concejo de Bogotá y del Decreto 204 de 1986 del Alcalde Mayor de Bogotá D. E., toda vez que hay una violación manifiesta y por ello habrá de confirmarse la providencia apelada.

Lo anterior, a pesar de que en el presente caso, el acto suspendido ya se extinguió, toda vez que su vigencia en el tiempo terminó el 31 de diciembre de 1986, para prevenir la aplicación indebida del acto suspendido, a casos concretos ocurridos durante su vigencia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

Se tiene a la doctora María Clemencia Rodríguez Alvira como representante judicial del Distrito Especial de Bogotá para actuar en este proceso.

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, Consuelo Sarria Olcos, Hernán Guillermo Aldana Duque, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS.

1. Naturaleza. Creación. Exenciones:

EVENTOS DEPORTIVOS DE BASSE-BALL, TENNIS, FOOT-BALL, NATACION Y BASKET BALL (Ley 213 de 1938).

2. Representaciones TEATRALES DE AUTOR COLOMBIANO QUE SE PUSIERA EN ESCENA POR ACTORES COLOMBIANOS. Exención. Ley 109 de 1983.

3. COMPAÑIAS DE OPERA NACIONALES. Exención (art. 7º de la Ley 45 de 1944). Extensión a los ESPECTACULOS DE ARTE LIRICO O DRAMATICO NACIONALES O EXTRANJEROS.

4. Compañías o conjuntos teatrales de ballet, opera, opereta, zarzuela, drama, comedia, revista, etc., que vinieron al país patrocinados por el Ministerio de Educación Nacional, quedarían exentas de todo impuesto nacional y tendrían derecho a tratamiento preferencial en los medios de TRANSPORTE NACIONAL (Ley 60 de 1944).

5. Ley 33 de 1968, sobre fortalecimiento de los fiscos locales. CESION A LAS ENTIDADES TERRITORIALMENTE DESCENTRALIZADAS.

6. El artículo 9º del Decreto 057 de 1969, previó que los espectáculos públicos que gozaran de la exención del impuesto a espectáculos públicos, cedido por la Ley 33 de 1968, de conformidad con las Ley 213 de 1938, 9ª de 1942, 109 de 1943, 45 de 1944, y 60 de 1944, seguirán disfrutándola.

7. Distrito Especial de Bogotá ¿puede conceder exenciones?

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., seis de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 0181. Actor: Roberto Echeverri Grisales. Apelación de la sentencia de 21 de junio de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad de las Resoluciones números 1433 de 1981 y 280 de 1982 de la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 21 de junio de 1983, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de revisión de la operación administrativa de impuestos promovida por Roberto Echeverri Grisales, contra las Resoluciones 1433 y 280 de 1981 y 1982, respectivamente, proferida por la Junta Distrital de Hacienda.

Objeto de la litis:

El actor solicitó y obtuvo de la Dirección General de Impuestos Nacionales la exención de impuestos por representación de espectáculos públicos, con ocasión de las funciones de Holiday On Ice, que tuvieron ocurrencia durante los días 11 a 22 de diciembre de 1981, con fundamento en las disposiciones de la Ley 60 de 1944 y del Decreto 057 de 1969, reglamentario de la Ley 33 de 1968.

Para dar cumplimiento a las disposiciones de orden distrital, el actor pidió a la Junta Distrital de Hacienda el reconocimiento de tal exención, a fin de obtener las autorizaciones necesarias para la realización de los espectáculos, las cuales no se otorgaron sino bajo la decisión de que el actor debía cubrir al Distrito Especial los impuestos por espectáculos públicos.

En las Resoluciones acusadas se lee que, según el Acuerdo 48 de 1948, la Junta Municipal de Hacienda de Bogotá, hoy Distrital, podría reconocer exenciones al objeto gravable cuando se tratara de representaciones culturales, a precios populares, previo concepto del Ministerio de Educación Nacional, hechos que no halló demostrados para poder acceder a la petición del actor, no obstante tener éste ya reconocida la exención por parte del Ministerio de Hacienda. Las providencias acusadas se reclaman, igualmente, del alcance y de la interpretación del artículo 183 de la Constitución Política, según el cual los bienes y rentas de los departamentos y municipios y entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva, respecto de los cuales el Gobierno no podrá conceder exenciones, particularmente en cuanto a impuestos que correspondan a aquellas.

Fundó la Administración Distrital su decisión en los preceptos de los Acuerdos números 8 de 1948 y 8 de 1973, que otorgan a la Junta Distrital de Hacienda la facultad de conceder exenciones, dentro del marco general de la Ley 29 de 1963 y en su interpretación.

Contra la providencia inicial recurrió el interesado, y fundado en decisiones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, sostuvo que el Acuerdo 8 de 1948 estaba derogado y no era aplicable por cuanto el impuesto de espectáculos públicos era de carácter nacional y que el reconocimiento de la exención era de competencia de las autoridades nacionales.

La Administración insistió en sus puntos de vista y destacó que la Ley 33 de 1968 había cedido esos impuestos a las entidades territoriales, por lo cual, respecto de ellos, el Gobierno Nacional no podía otorgar exenciones.

Fundamentos de la acusación:

El actor considera que los actos administrativos del orden distrital, ya señalados violan la Ley 60 de 1944, que concedió exención de impuestos a los espectáculos públicos; el Decreto reglamentario 057 de 1968, que atribuye al Ministerio de Hacienda, Dirección General de Impuestos Nacionales resolver sobre la solicitud de exención a tales impuestos.

Alegaciones en primera instancia:

El apoderado del actor insistió en sus argumentaciones y consideró equivocada la posición de la administración, en primer lugar porque según su parecer el Decreto 057 de 1969 fue declarado constitucional por esta Corporación, y porque, al cederse a los departamentos o municipios impuestos nacionales, la ley no perdía la facultad de establecer exenciones sobre los impuestos cedidos.

La apoderada del Distrito Especial de Bogotá, alegó durante la primera instancia, para sostener que la Junta de Hacienda del Distrito negó la exención solicitada con fundamento en el artículo 8º del Acuerdo 8 de 1948, según el cual, la exención de los impuestos de la clase del que se trata podía ser procedente cuando se tratara de exhibiciones o actos culturales a precios populares, previa la presentación del concepto favorable de la Universidad Nacional, o del Ministerio de Educación, requisitos estos no cumplidos por el actor en relación con la solicitud de exención para el espectáculo Holiday on Ice, e invoca en apoyo de sus argumentaciones fallo del Tribunal de instancia, referente a la facultad de eximir del impuesto que tiene el Distrito Especial, para los espectáculos aludidos por las Leyes 1ª de 1967 y 30 de 1971, no a los impuestos cedidos por Ley 33 de 1968.

El señor Agente del Ministerio Público, según se desprende del contexto de la sentencia recurrida fue de parecer que debía accederse a las peticiones de la demanda, dado que no existía motivo para que el Distrito Especial de Bogotá no reconociera la exención ya admitida por la Dirección General de Impuestos Nacionales y que la Administración Distrital no podía aplicar la inconstitucionalidad del Decreto 057 de 1969, por cuanto él ya había sido declarado constitucional por el Consejo de Estado, en sentencia de 15 de junio de 1978.

La sentencia de instancia:

La sentencia de instancia acogió los planteamientos de la demanda y del señor Agente del Ministerio Público e invalidó los actos acusados por considerarlos expedidos con vicio de incompetencia, por parte de la Junta Distrital de Hacienda.

Segunda instancia:

Alegato de la actora. La parte actora, rituado el procedimiento previo presentó alegato de conclusión en el cual insistió en sus puntos de vista y pidió confirmar el fallo de instancia, por cuanto de acuerdo

con la Ley 60 de 1944, artículo 3º, los artistas y compañías o conjuntos teatrales de ballet, etc., estarán exentos de todo impuesto nacional, y, según el artículo 3º de la Ley 33 de 1968, los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá, procederían a organizar y asumir oportunamente la administración y el recaudo de los impuestos a que se refiere esta norma, con las tarias y sobre las bases normativas vigentes, lo cual fue desarrollado por el Decreto reglamentario 057 de 1969, según el cual, de conformidad con las Leyes 213 de 1938, 9ª de 1942, 109 de 1943, 45 de 1944 y 60 de 1944, seguirían disfrutando de dicho beneficio, y cuando fuera necesario, su reconocimiento, éste sería decretado por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Alegato de la demanda:

En la segunda instancia, sostuvo la apoderada del Distrito Especial de Bogotá, argumentaciones semejantes, y agregó que, según el artículo 1º del Acuerdo 8 de 1973 del Distrito, la Junta de Hacienda no podía reconocer exenciones de impuestos que no hubieran sido decretados previamente por el Concejo de Bogotá, según los términos de la Ley 29 de 1963.

Concepto fiscal:

En la segunda instancia el Ministerio Público, representado por la distinguida señora Fiscal 6ª, sostuvo que la sentencia recurrida se hallaba conforme a derecho, y con fundamento en las disposiciones citadas y en el ya referido fallo, estimó que el artículo 1º del Acuerdo 8 de 1973, sólo era aplicable a los impuestos distritales, respecto de los cuales el Concejo de Bogotá, tiene la facultad de regular su estructura, e invocó fallo de esta Sección, en caso semejante, en sentido de despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

Para resolver se considera:

A. Naturaleza del impuesto a espectáculos publicos.

El impuesto a la presentación de espectáculos públicos fue creado por la Ley 12 de 1932, y en ella se dispuso que para atender el servicio de los créditos que a través de bonos autorizaba, se establecía "un impuesto del diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase..." el cual duraría el tiempo que estuviera vigente la autorización de aquellos créditos, y que el Gobierno podría conceder exenciones sobre los impuestos establecidos por la ley, en cuanto no afectara la suma necesaria para el servicio de la deuda (arts. 7º y 11).

También se establecieron por ley otras exenciones bajo determinadas condiciones.

La Sección tuvo ocasión de anular la Circular número 0022 de 1975, en virtud de la cual por vía general determinaba que la Dirección de Impuestos Nacionales no tenía competencia para conocer las exenciones a los impuestos de espectáculos públicios, que le atribuía

el Decreto 057 de 1969, por estimar que el artículo 9º de este Decreto infringía el artículo 183 de la Constitución Política (vid. fallo referido en *Anales del Consejo de Estado*, Primer Semestre de 1978, números 457 y 458, páginas 294 y siguientes).

1. La Ley 213 de 1938, eximió de toda clase de impuestos nacionales, a los eventos deportivos de base ball, tennis, foot-ball, natación y basket-ball, que se celebraran en el territorio de la República

2. La Ley 109 de 1943, en su artículo 6º, previó que desde su sanción quedaría exenta de impuestos nacionales toda representación teatral de autor colombiano que se pusiera en escena por actores colombianos.

3. A su turno el artículo 7º de la Ley 45 de 1944 de manera clara dispuso que las compañías de ópera nacionales estarían exentas del pago de impuestos, cuya exención se decretaría por el Ministerio de Hacienda, mediando solicitud del de Educación; la exención se extendió a los espectáculos de arte lírico o dramático, nacionales o extranjeros, que a juicio del Ministerio de Educación desarrollaran una auténtica labor cultural.

4. Posteriormente, la Ley 60 de 1944, en su artículo 3º previó que, desde la sanción de esa ley los artistas y compañías o conjuntos teatrales de ballet, ópera, opereta, zarzuela, drama, comedia, revista, etc., que vinieran al país patrocinados por el Ministerio de Educación Nacional, quedarían exentos de todo impuesto nacional y tendrían derecho a tratamiento preferencial en los medios de transporte nacionales.

La Ley 33 de 1968, sobre fortalecimiento de los fiscos locales, en materia de impuesto a espectáculos públicos los cedió a las entidades territorialmente descentralizadas, con las tarifas y bases normativas vigentes entonces, y dio a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, la facultad de organizar y asumir oportunamente la administración y recaudo de los impuestos cedidos.

Por su parte, el artículo 9º del Decreto 057 de 1969, previó que los espectáculos que gozaran de la exención del impuesto a espectáculos públicos, cedido por la Ley 33 de 1968, de conformidad con las Leyes 213 de 1938, 9ª de 1942, 109 de 1943, 45 de 1944 y 60 de 1944, seguirán disfrutándola.

Al pronunciarse sobre la validez de la Circular 022 de 1975, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, respecto del Decreto 057 de 1969, en su artículo 9º, dijo esta Corporación que la aplicación y validez de ese decreto no podía desconocerse mediante decisión de carácter general contenida en la circular, por lo cual la anuló, sin que pueda afirmarse que el alcance del fallo hubiera sido el de declarar la constitucionalidad, legalidad o juridicidad general del mencionado decreto por no ser el *thema decidendi* de la causa juzgada en el proceso 3233, que viene citada a lo largo de los 11 folios del proceso, ni en otros, como en el número 7657, sentencia de mayo 18 de 1984.

De la exposición anterior fluye con claridad que la Dirección General de Impuestos podía conceder exenciones a los espectáculos a que las leyes alude, cuando fueran patrocinados por el Gobierno Nacional,

y constituyeran un aporte cultural para la Nación, certificado por el Ministerio de Educación.

Al otorgar la exención, la decisión de la Dirección General de Impuestos Nacionales queda amparada por la presunción de legalidad, que no permite al fallador, al examinar este caso, entrar a estudiar los fundamentos que tuvieron las autoridades del Ministerio de Hacienda para otorgar la exención del impuesto. Esa decisión es un acto administrativo. Por tanto, presumiblemente válido o legal, y obligatorio, tanto para los particulares, como para la propia administración.

El Distrito Especial de Bogotá se ha fundado en las disposiciones del artículo 8º del Acuerdo 8 de 1948 y 1º del Acuerdo 8 de 1973 para no acceder a conceder la exención que pide la actora.

El primero de los artículos citados, dispone que la Junta Municipal de Hacienda podrá conceder exención de los impuestos municipales sobre espectáculos públicos, cuando se trata de exhibiciones o actos culturales a precios populares, previa la presentación del concepto favorable de la Universidad Nacional, o del Ministerio de Educación Nacional.

El segundo artículo invocado prevé que "la Junta de Hacienda no podrá reconocer exenciones de impuestos que no hayan sido decretadas previamente por el Concejo de Bogotá, según los términos de la Ley 29 de 1963".

La conjugación armónica de los distintos textos invocados llevan a la conclusión que el Distrito Especial de Bogotá no puede ejercer la atribución de reconocer o negar exenciones ya establecidas por la ley, ni tiene competencia para pronunciarse sobre la procedencia o no de las concedidas por texto superior sobre espectáculos públicos.

Puede sí, a la luz de la Ley 29 de 1963 reconocer exenciones respecto de los impuestos a que ella se refiere, que no son precisamente los relativos a espectáculos públicos.

De lo dicho también se colige, aún cuando en virtud de la organización de funciones en el Distrito Especial de Bogotá, la Junta Distrital de Hacienda compete pronunciarse sobre las exenciones de impuestos a ciertos espectáculos públicos, ello no limita la indicada competencia en materia de espectáculos públicos, como se desprende de la Ley 33 de 1968 y de su Decreto reglamentario y del extenso alcance de la Ley 29 de 1963.

Por lo anteriormente expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, con las aclaraciones respecto de la parte motiva que anteceden, y de acuerdo con su distinguida colaboradora fiscal,

Falla:

Confírmase la sentencia pronunciada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha 21 de junio de 1983, por la cual accedió a las súplicas de la demanda promovida por Roberto

Echeverri Grisales, contra las Resoluciones números 1433 de 1931 y 200 de 1932, emanadas de la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá.

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.

Los consejeros:

Jaime Abella Zárate, Hernán Guillermo Aldana Duque, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, No asistió.

Jorge A. Torrado, Secretario.

LEGITIMACION EN LA CAUSA O PERSONERIA SUSTANTIVA.

Es sinónimo de la titularidad del Derecho invocado. Debe existir su prueba procesalmente para proferir sentencia de mérito.

2. Doctrina.

3. Reiteración jurisprudencial.

INTERVENCION DE TERCEROS EN EL PROCESO:

a) Situaciones jurídicas diferentes en procesos de nulidad, de contratos o de restablecimiento del derecho.

b) No limitación de la oportunidad del tercero en acciones de restablecimiento del derecho. Artículo 146-2 del Código Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., catorce de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 95. Actor: Asociación de Propietarios del Chicó Oriental.

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de primer grado dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 31 de julio de 1984, y por medio de la cual declaró la nulidad de la Licencia número 008430 de 6 de junio de 1980 (identificada también con el número 009657 en copia de septiembre 12 del mismo año), por medio de la cual la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá autorizó la construcción, en los lotes números 7-20 y 8-19 de la manzana 11 de la urbanización "Chicó Oriental", diagonal 94 número 3-55 de esta misma ciudad, de dos bloques multifamiliares (A y B), integrados por dos sótanos, dos semisótanos, y dos pisos con 11 apartamentos y 25 parqueaderos, conforme a las especificaciones consignadas en los planos.

La demanda fue formulada a nombre propio por la "Asociación de Propietarios del Chicó Oriental", con apoyo en el artículo 82 de la Ley 167 de 1941 que consagraba la denominada entonces (octubre 4 de 1980), acción de plena jurisdicción, por considerar que el acto

demandado y su cumplimiento ocasionaban grave daño a la actora y a la comunidad de vecinos del sector.

Cumplido el procedimiento de primera instancia, contra la sentencia interpuso recurso el apoderado de la asociación demandante a fin de que fuera ordenada la demolición de la construcción levantada en desarrollo de la licencia, y no simplemente suspendida, toda vez que al tiempo del fallo el edificio en que consiste la citada construcción ya se hallaba concluido. A su turno, el Banco del Estado, intervino para solicitar su reconocimiento como parte adhesiva y para interponer también recurso de apelación a fin de que fueran negadas las pretensiones de la demanda. Cuando cursaba la segunda instancia, el expediente resultó incinerado como consecuencia del incendio del Palacio de Justicia ocurrido durante los días 5 y 6 de noviembre de 1985, por lo cual fue preciso disponer su reconstrucción conforme a la solicitud que en tal sentido formuló la parte adhesiva con el consentimiento de la actora.

El señor Fiscal Primero de la Corporación ha conceptuado, pero estima que no obstante hallar ilegal la expedición de la licencia materia del proceso, no resulta fácil señalar las consecuencias de una declaratoria en tal sentido, porque varias soluciones posibles sugiere el proceso.

Consideraciones de la Sala:

El apoderado de la "Asociación de Propietarios del Chicó Oriental" considera, entre varios de sus planteamientos, que el Banco del Estado carece de legitimación en la causa, porque se trata de una intervención *"ad excludendum"*, intervención que resultó extemporánea, toda vez que el artículo 53 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este proceso, "limita específicamente dicha intervención con anterioridad a la sentencia de primera instancia, proferida la cual precluye todo derecho para intervenir por parte del peticionario" (fl. 158 vuelto).

No considera el Consejo que tenga razón la actora por lo siguiente: El artículo 146 del Código Contencioso Administrativo, al regular la intervención de terceros en el proceso, supone tres situaciones diferentes, según se trate de procesos de simple nulidad, de procesos originados en acciones relativas a contratos y de reparación directa y cumplimiento, y de los demás, entre los cuales ha de comprenderse la de restablecimiento del derecho (antes plena jurisdicción). En relación con estas últimas, el inciso segundo de la disposición en comentario no limita la oportunidad del tercero que pretende intervenir, toda vez que la expresión "el derecho a intervenir como parte adhesiva se le reconocerá a quien acredite un interés directo en las resultas del proceso", no señala límite temporal alguno que indique restricción de esta índole, y sólo exige que quien pretenda la intervención, demuestre su interés en ella. El Banco del Estado a través de la Escritura número 2.778 de 1983 (mayo 4), otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá, en la cual consta la enajenación, a título de dación en pago, de Víctor Sasson Tawil a favor de la entidad bancaria, precisamente del bien inmueble a que se refiere el acto acusado (fl. 24 y 24 vuelto),

demostró ser el propietario del edificio cuya demolición pretende la actora y, por consiguiente, interesado en las resultas de este proceso.

Aún aceptando que la intervención *ad excludendum* tuviera la restricción temporal que alega el apoderado de la Asociación, no podría negarse la solicitud de reconocimiento de interés al Banco del Estado, porque su intervención no constituye el ejercicio de un derecho autónomo frente a las partes en el proceso, sino que es simplemente adhesiva de la parte demandada, en este caso el Distrito Especial de Bogotá, autor del acto administrativo materia de la demanda, de donde se deduce que su participación en el proceso no resultó extemporánea y queda comprendida por el inciso 2º del artículo 146 del Código Contencioso Administrativo.

En cambio, carece de legitimación en la causa la "Asociación de Propietarios del Chicó Oriental", como pasa a verse "La legitimación sólo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente contra la persona frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser ejercitada. De modo que la cualidad en virtud de la cual una pretensión puede y debe ser ejercitada contra una prsona en nombre propio se llama legitimación para obrar, activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquel contra el cual esta se ha de hacer valer. En síntesis, la legitimación para obrar o en causa determina lo que entre nosotros se denomina impropiamente personería sustantiva. Y es considerada por lo general como sinónima de la titularidad del derecho invocado. Por eso si el demandante no prueba su calidad de dueño perderá la demanda por falta de legitimación activa..." (H. Morales M., Curso de Derecho Procesal Civil, 7ª ed., Editorial A.B.C., Bogotá, 1978, pág. 141).

"B) El segundo requisito llamado *'legimatio ad causam'* es la cualidad necesaria para obrar o para contradecir, como quiera que la jurisdicción no puede proceder al establecimiento de la coincidencia entre una norma legal y una situación de hecho, cuando la estimula quien se halla precisamente dentro de esta situación, es decir, quien encuentra en los hechos que forman la *'causa petendi'* la configuración de un estado subjetivo; tampoco puede la justicia pronunciarse sobre los extremos dichos sino cuando la acción está dirigida contra quien se halla, a propósito de los mismos hechos, en el estado subjetivo recíproco; así resultan los conceptos sobre legitimación activa y pasiva.

"De suerte, para que la acción alcance una solución favorable es menester, además de la ya dicha concordancia entre el hecho y una voluntad de la ley, que no sea ejercida por cualquier sujeto de derecho, sino por quien está legitimado para hacerlo, conforme a lo que se deja dicho, y no contra cualquier persona sino contra quien está legitimado para contradecir, según lo visto ya también; esto es una consecuencia de la llamada disponibilidad de los derechos subjetivos, entre los cuales, como lo establecimos originariamente, encuéntrase la acción" (A. Leal M., Teoría del Proceso Civil, T. I., (La Acción), Ed. Diario Jurídico, Bogotá, 1959, pág. 65).

La "Asociación de Propietarios del Chicó Oriental", no acreditó en este proceso de restablecimiento del derecho (antes de plena juris-

dicción), que algún derecho suyo, amparado por una norma jurídica, hubiera podido ser lesionado por el acto administrativo consistente en la licencia de construcción objeto de la demanda. En efecto, sólo se halla en el expediente reconstruido un certificado de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, según la cual, por Resolución número 4207 del 15 de noviembre de 1968, se reconoció personería jurídica a la entidad ahora demandante. Por otra parte, que en ese Ministerio se encuentra (oct. 28 de 1984) inscrito como representante legal de la misma, Rafael Piccitto. Nada más. Ningún documento demuestra, en consecuencia, cuál es el interés directo que la mencionada Asociación pueda tener frente al cumplimiento de lo decidido por el acto materia de la acusación. Seguramente, los vecinos, propietarios, habitantes o residentes del sector donde se halla la construcción a que se refiere el proceso, pueden haber recibido perjuicios por la misma y, en consecuencia, tener especial interés en la suerte del acto administrativo que generó la conducta o comportamiento de los particulares constructores del edificio. Pero esas personas no han comparecido al proceso, ni directamente, ni a través de quien represente sus derechos conforme a la ley.

La "Asociación de Propietarios del Chicó Oriental", ni siquiera aportó o solicitó que se aportara al proceso original o al reconstruido, copia de los estatutos que acreditan su creación, organización, funciones, derechos, patrimonio, etc. En la demanda, nada se dijo sobre asunto tan fundamental; y como quiera que el proceso comenzó durante la vigencia de la Ley 167 de 1941, tampoco la parte actora aprovechó el término de fijación en lista para solicitar la prueba que estableciera (si tal cosa era posible), la legitimación en la causa. El Consejero conductor del proceso no dispuso la práctica de pruebas de oficio, porque estas, durante la segunda instancia, sólo son procedentes para aclarar puntos dudosos u oscuros de la contienda (C. C. A., art. 169). Y tampoco lo hizo de conformidad con el artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, precisamente porque la prueba sobre la legitimación para obrar nunca fue presentada ni pedida, defecto que ocurrió por causa imputable a la parte interesada.

Fuera de lo anterior, mal puede pretender la actora que se le tenga como parte legítima, cuando no se sabe quiénes son los propietarios, personas naturales o jurídicas, a los cuales representa y, por consiguiente, si para todos ellos existe el perjuicio presumido por la demanda; ni se sabe sobre qué área concreta, alindada debidamente, extiende su campo de acción, porque ningunos linderos han sido señalados durante el proceso. Y lo que es más importante, según se anotó: no aparece demostración del interés que la persona jurídica, como entidad distinta de quienes la componen, pueda tener en las resultas del proceso. En tales condiciones, hay que convenir en que dicha persona jurídica carece efectivamente de legitimación en la causa.

Teniendo en cuenta lo anteriormente consignado, la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Anúlase la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de julio de 1984

y por medio de la cual fueron resueltas las pretensiones de la demanda formulada por la "Asociación de Propietarios del Chicó Oriental".

Segundo. Declárase inhibida para conocer del fondo del asunto sometido a consideración por cuanto la parte demandante carece de legitimación en la causa.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente con excusa.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

UNIDAD DE VIVIENDA. Noción (art. 14 del Decreto 597 de 1970). Reglamentario del Acuerdo 65 de 1967, SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. CADUCIDAD DE LA ACCION.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 1166. Actor: Fedur Limitada. Apelación sentencia de diciembre de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad de la Resolución número 2248 de mayo de 1980, proferida por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá. Asuntos Municipales. Fallo.

En escrito visible a folio 22 del cuaderno principal, la apoderada del Distrito Especial de Bogotá, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el dos (2) de diciembre de 1985, mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución número 2248 del 8 de mayo de 1980 (fls. 1 a 2 del cuaderno principal), que negó la exención del pago de impuesto de Delineación Urbana a la sociedad Fedur Limitada.

Antecedentes:

Mediante escrito dirigido a la Junta Distrital de Hacienda el 21 de enero de 1980, la sociedad Fedur Limitada, solicitó a dicha entidad se le declarara exonerada del impuesto de Delineación Urbana para la construcción de la urbanización Alejandría, Plano ON 92030, barrio Barrancas, cuya licencia solicitó el 11 de mayo de 1979, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo número 2 de 1979, por tratarse de unidad de vivienda cuyo valor individual es inferior a $ 400.000.00 conforme al Acuerdo 2 de 1979.

La Junta Distrital de Hacienda por Resolución número 2248 del 8 de mayo de 1980, negó la exención solicitada e informó que contra ella cabía el recurso de reposición. La sociedad Fedur Limitada, por medio de apoderado interpuso el recurso anterior en escrito presentado el 2 de julio de 1980, para que se revocara la Resolución número 2248 de 8 de mayo de 1980, hecho que no ocurrió, pues la Junta Distrital de Hacienda no desató el recurso invocado. Simultáneamente dicha Junta dictó la Resolución número 2126 del 8 de mayo de 1980 que estableció los requisitos para solicitar la exención de los impuestos de Delineación Urbana y Ocupación de Vías. Tal resolución fue demandada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el cual sus-

pendió provisionalmente sus efectos por providencia del 28 de agosto de 1980 (fls. 18 a 22 cuaderno principal). Al ser apelada esta decisión fue revocada la parte resolutiva y en su lugar se decretó la suspensión provisional de los siguientes acápites de la Resolución número 2126 de 1980, dictada por la Junta Distrital de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá, "artículo 1º...1. Para exención de impuestos de Delineación Urbana que se trata de barrio obrero calificado o de un edificio declarado de conservación histórica, urbanística y/o arquitectónica..." Para efectos de la exención al Impuesto de Delineación Urbana, entiéndese por *"unidad de vivienda"*, el conjunto habitacional incluidas las zonas comunales, para el cual se ha pedido y concedido, la licencia de construcción, la cual no podrá ser fraccionada..." (fl. 135, cuaderno principal).

Alegó la peticionaria en su escrito ante el Tribunal de Cundinamarca, "que se ordene al Distrito Especial de Bogotá restituir a Fedur Limitada todas las sumas pagadas por esta sociedad en concepto de impuestos de Delineación Urbana conque ha sido gravada injustamente la obra *'Alejandría'* situada en el barrio Barrancas, O.N. 92030, así como también lo pagado por impuestos de ocupación de vías con que ha sido gravada la misma obra y los intereses corrientes sobre las mismas sumas desde la fecha del pago hasta aquella en que se haga la restitución por ser esos pagos consecuencia de un cobro indebido..."

Estimó como infringidas, explicando el concepto de su violación de las siguientes normas de orden nacional:

Decreto 3223 de 28 de diciembre de 1979, Ley 66 de 1968, Decreto 2610 de 1979; Código Civil; artículos 25, 28, 29 y 30; Código Contencioso Administrativo, artículo 65; Código de Régimen Político y Municipal, artículos 239 y 240 y Decreto 219 de 1969.

Del Orden Distrital: Acuerdo número 2 de 1979; Acuerdo número 9 de 1975; Acuerdo número 65 de 1967; Decreto 597 de 1970 dictado por el Alcalde de Bogotá y Decreto 159 de 1974 proferido por el Alcalde de Bogotá (fl. 306 vto.). Alegó que el Acuerdo número 2 de 1979 consideró en su artículo 3º "que las personas que solicitaran licencia de construcción para edificaciones cuyo valor no excediera de $ 400.000 por *unidad de vivienda* estarán exentas de pago del impuesto de delineación urbana". Da las explicaciones del caso y concluye que el presupuesto oficial de la totalidad de la obra es de $ 79.732.000.00; que las unidades de vivienda a construir son 248, por lo cual el valor de cada unidad es de $ 321.500.00.

El Tribunal en sentencia del 2 de diciembre de 1985 (fls. 205 a 215, parte final del cuaderno principal) anuló la Resolución número 2248 del 8 de mayo de 1980 proferida por la Junta Distrital de Hacienda, mediante la cual se negó la exención del pago del impuesto de delineación urbana liquidado por la Secretaría de Obras Públicas del Distrito por valor de $ 1.594.850 a favor de la sociedad Fedur Limitada, por la construcción de la obra que adelanta en la manzana A/37 que incluye carrera 16 número 155/21 a 81; carrera 16-A número 155A-20/80; manzana B/13 número 155A-23/73; carrera 17 número 155A-22/72 y manzana C/14 carrera 16-A número 155/13/61; carrera 17 número 155A-14/62 de Bogotá D. E. Así mismo declaró exenta del pago del

Impuesto de Delineación Urbana en cuantía de $ 1.594.580.00 a la peticionaria, por la construcción de la obra Alejandría en el barrio Barrancas de Bogotá, adelantado en las direcciones anteriores. Ordenó igualmente a la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá, devolver a "Tedur Limitada" la suma de $ 1.234.590.00 más los intereses a que hay lugar.

Apelada la decisión anterior la apoderada del Distrito Especial de Bogotá al sustentar la apelación, luego de hacer un recuento histórico del Impuesto de Delineación Urbana con indicación de los Acuerdos que lo crearon, expresa que por "unidad de vivienda" debe entenderse, según la definición del artículo 11 del Acuerdo número 7 de 1979, "toda edificación cuya función arquitectónica y ambiental principal es dar albergue en forma adecuada a una familia", de donde surge que la intención del legislador no fue la de beneficiar a los constructores de desarrollos urbanísticos, sino que la exención se estableció para las construcciones individuales que no forman parte de un conjunto o de una agrupación (fls. 236 y 237, cuaderno principal).

Propuso (fls. 239 a 241) las excepciones de indebida acumulación de acciones e incompetencia de jurisdicción. La primera para obtener la declaración de que no estaba obligado a pagar los impuestos o para que se hiciera una nueva liquidación y se ordenara la devolución de las sumas pagadas en exceso o injustamente y la plena jurisdicción (hoy de restablecimiento del derecho) para conseguir la nulidad de la Resolución 2248 de 1980. La excepción de incompetencia de jurisdicción por cuanto la peticionaria no agotó la vía gubernativa para ocurrir ante la jurisdicción (art. 135, numeral 1 del C. C. A.), o en otros términos se operó la caducidad, pues la liquidación fue proferida el 16 de enero de 1980 y la demanda se instauró el 21 de octubre de 1981.

La Fiscalía Sexta por su parte en su concepto de fondo (fls. 245 a 249, parte final del cuaderno principal) solicita se confirme la sentencia apelada. Dijo el Ministerio Público:

Consideraciones de la fiscalía:

Siendo el principal fundamento del recurso de apelación la caducidad de la acción, la Fiscalía procede a pronunciarse al respecto.

La acción de restablecimiento del derecho fue interpuesta el 21 de octubre de 1981, fecha en la cual las actuaciones administrativas debían regirse por el Decreto 2733 de 1959 según el cual —artículo 18— los recursos de reposición y apelación se entienden negados por haber transcurrido un mes sin que haya notificado decisión resolutoria sobre ellos; surge el interrogante de si transcurrido ese término comienza a contarse el término dentro del cual se puede ejercer la acción de restablecimiento del derecho, o si ésta podía interponerse en cualquier tiempo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado fue por mucho tiempo vacilante al respecto, inclinándose unas veces por la procedencia de la declaratoria de caducidad, como en el caso del fallo aportado por la parte opositora, y otras por la posibilidad de ejercer la acción contenciosa de plena jurisdicción en cualquier tiempo.

Sin embargo, esta última tesis fue la que finalmente se impuso, siendo acogida por la Sala Plena Contenciosa en sentencia de 9 de julio de 1980 (Expediente 10888) y reiterada luego por la misma Sala en sentencia de octubre 7 de 1982, en la que muy atinadamente se dijo:

"El silencio frente a los recursos como lo contempla la ley colombiana es una garantía para el administrado, no sólo porque le permite a éste dar por cumplido el presupuesto del agotamiento de la vía gubernativa, sino porque le abre una vía expedita (la jurisdiccional) para el reclamo de sus derechos, sin límites temporales. Esta amplitud es otra forma de sanción para la administración morosa, la que no podrá escudarse ni en su negligencia para entrabar los reclamos de la persona afectada, y menos en la estabilidad de unas situaciones jurídicas que no quiso revisar.

"Sería el silencio en la forma propuesta por la Sección Segunda, como se dijo, un premio para la administración morosa, la que en esa forma recibiría carta blanca para no acatar el mandato de la Carta y para sorprender a aquellos que esperando pacientemente la respuesta oficial se encontrarían ante la caducidad de la acción..."

En el caso que nos ocupa, el recurrente optó por esperar la respuesta de la administración y como consta en autos, la solicitó mediante peticiones respetuosas; pero al observar que aquella no se producía ejercitó la acción contenciosa, hecho que por las razones explicadas no adolece de caducidad.

Precisamente tal doctrina del Consejo de Estado inspiró la aclaración que se hizo en el Decreto 01 de 1984 cuando se consagró que las acciones derivadas del silencio administrativo se pueden interponer en cualquier tiempo; disposición esta que aplicó retroactivamente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al proceso que nos ocupa, y en nuestro sentir en forma equivocada, pues consideramos que los presupuestos procesales de la acción se rigen por la ley vigente al ejercitarla.

Finalmente respecto a este punto, estimamos que entendiéndose por el silencio administrativo de la Junta Distrital de Hacienda, que ésta resolvió desfavorablemente el recurso, es decir, CONFIRMO la Resolución número 2248 del 8 de mayo de 1980, era este acto el demandable y como respecto a él se pidió la declaración de nulidad, es coherente que el Tribunal haya fallado anulando la Resolución citada; si hubo también de referirse al acto presunto para dejar establecido que el presupuesto de agotamiento de la vía gubernativa se había presentado, ello no implica que haya incurrido en alguna incongruencia.

Estableciéndose entonces que la acción no adolece de caducidad, procede la Fiscalía a pronunciarse sobre el punto de fondo que plantea el apelante.

Aparece claramente en el análisis realizado por el Consejo de Estado, en sentencia de julio 19 de 1985, que la expresión "unidad de vivienda" hace relación a las construcciones destinadas por su estructura y conformación al albergue de una sola familia; pretender darle un significado distinto como lo hizo la Junta de Hacienda en el acto acusado, es contrariar los conceptos asignados a los términos vivienda unifamiliar y agrupaciones de vivienda, señalados en normas anteriores y de superior jerarquía como lo son el Acuerdo 35 de 1967 y su Decreto reglamentario 597 de 1970. La existencia de tales normas en donde aparece manifiesto el significado de la expresión "unidad de vivienda", lleva a concluir que el Acuerdo 2 de 1979 al decretar la exención del impuesto de delineación urbana, tuvo que hacer referencia al albergue de una sola familia y como la accionante se encuentra dentro de este supuesto consideramos que la decisión del Tribunal de declarar la nulidad del acto que negó la exención y ordenar el restablecimiento del derecho de la accionante es acertada y debe CONFIRMARSE.

Finalmente, en cuanto a las excepciones que en el alcance de segunda instancia formula el recurrente, estima la Fiscalía que su formulación es extemporánea según lo dispuesto por los artículos 163 y 164 del Decreto 01 de 1984 que rige el procedimiento a partir de la apelación, conforme a lo ordenado por el artículo 266 *ibídem*.

Consideraciones de la Sala:

La Sala considera procedente reiterar una vez más el concepto sobre unidad de vivienda establecido por sentencia del 16 de enero de 1980 (Expediente número 7458. Actor Jaime Arteaga Carvajal. Apelación auto de agosto 28 de 1980. Tribunal de Cundinamarca. Nulidad Resolución número 2126 de 1980 de la Junta de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá.. Apelación interlocutorios suspensión provisional. Consejero ponente doctor Bernardo Ortiz Amaya (fls. 23 a 28, cuaderno principal), en la que se dijo:

"La noción de unidad de vivienda tal como la presenta el artículo 14 del Decreto 597 de 1970, reglamentario del Acuerdo 35 de 1967, y lo reiteran los artículos 19, 21, 22 y 24 del mismo Decreto, deja claramente establecido que se refiere a aquellas construcciones o parte de construcciones destinadas por su estructura y conformación al albergue de una sola familia y no corresponde ese concepto a la definición que el parágrafo da de unidad de vivienda como un 'conjunto habitacional que puede estar integrado por varias unidades de vivienda en forma conjunta o separada'.

"De conformidad con lo anterior en el caso planteado y en razón a que los cálculos aprobados por el Distrito demuestran que las unidades de vivienda no alcanzan el valor de $ 400.000.00, cada una, según se desprende del considerando 3 de la Resolución número 2243

de 1980 (fl. cuaderno principal), es el caso de aplicación al artículo 3º del Acuerdo 2 de 1979 que dispone: 'Las personas que soliciten licencia de construcción cuyo valor no exceda de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00) por unidad de vivienda, estarán exentos del pago del impuesto de delineación urbana'; procede confirmar este aspecto de la sentencia motivo de la apelación".

Con relación al Impuesto de Ocupación de Vías que se liquida con base en el de Delineación Urbana, la Sala acoge lo dicho por el *a quo* en la sentencia apelada (fl. 213, cuaderno principal, párrafo 3º), toda vez que las disposiciones de carácter fiscal que establecen exenciones son de interpretación restrictiva. Dijo el *a quo*: "Ahora bien, un atento estudio de las normas distritales y vigentes y en especial de Acuerdos (sic) 2 de 1979 y 70 de 1966, se desprende que los impuestos de delineación urbana y ocupación de vías son dos impuestos diferentes, aún más, el Acuerdo 21 de 1976 en su artículo 2º fija la tarifa del impuesto de ocupación de vías en su gravamen equivalente al 30% del impuesto de delineación urbana de que trata el Acuerdo 20 de 1940. Dicho gravamen se liquidará conjuntamente con el impuesto de delineación urbana. En consecuencia, por el principio de que las normas que establecen excepciones son de interpretación restrictiva sólo puede acceder a la exención del valor del impuesto de delineación y no al impuesto de ocupación de vías".

Sobre el aspecto relacionado con la caducidad de la acción en el que fundamenta la parte actora el recurso de apelación, la Sala reitera el criterio de la Corporación que se transcribe y acoge en un todo como lo acepta en el concepto fiscal expuesto por la Sala Plena Contenciosa en sentencia de 9 de julio de 1980 (Expediente número 10888) que fue reiterada por la misma Corporación en sentencia del 7 de octubre de 1982.

La Sala acoge lo expuesto por el Ministerio Público por estimar suficiente lo expresado en el mismo para confirmar la sentencia apelada.

De conformidad con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Jaime Abella Zárate, Presidente de la Sala; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos, Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

RENUNCIA EN TERMINOS INACEPTABLES. NO ACEPTACION POR LA ADMINISTRACION. NOCION DEL BUEN SERVICIO.

RENUNCIA. PRESENTACION. INSUBSISTENCIA.

El hecho de que un empleado haya presentado renuncia de su cargo no impide a la autoridad nominadora hacer uso de la facultad discrecional de declarar insubsistente su nombramiento como medio para retirarlo del servicio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 948. Asuntos Municipales. Actor: Alberto Moreno Rojas.

El abogado Alberto Moreno Rojas, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Es nula la Resolución número 0876 del 17 de octubre de 1980, emanada del Director de la Regional de Deportes de Bogotá, Distrito Especial, en cuanto por ella se declara insubsistente el nombramiento del doctor Alberto Moreno Rojas como Jefe de Sección, Código 2075, Grado 05, de la Sección de Servicios Generales de la Dirección Regional de Deportes del Distrito Especial de Bogotá.

"*Segunda.* Como consecuencia de la anterior declaración, ordénase a la Regional de Deportes de Bogotá, Distrito Especial, o la entidad o funcionario que haga sus veces, reintegrar al doctor Alberto Moreno Rojas al cargo de Jefe de Sección, Código 2075, de la Sección de Servicios Generales, de la Dirección Regional de Deportes del Distrito Especial de Bogotá, o a otro de igual o superior categoría y remuneración, y a pagarle la totalidad de los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que se produjo su retiro por razón de la Resolución que se anula y hasta cuando se produzca su reintegro, con el entendimiento que durante dicho lapso no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios, esto para efectos relacionados con ascensos, prestaciones sociales y demás que sean significantes y consecuenciales.

"*Tercera.* La Dirección Regional de Deportes de Bogotá, Distrito Especial, o la entidad o funcionario que haga sus veces, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 40 y 41 del expediente).

Los hechos en que se fundamenta la acción son los siguientes:

"1º Por medio de la Resolución número 0447 del 28 de mayo de 1979, proferida por el Director de la Junta Administradora de Deportes de Bogotá, Distrito Especial, se designó al doctor Alberto Moreno Rojas para ocupar el cargo de Jefe de Sección, Código 2075, Grado 05 de la Sección de Servicios Generales, dependiente de la División de Administración y Finanzas.

"2º Con fecha 31 de mayo de 1979 y con efectividad a partir del día siguiente, 1º de junio, el doctor Alberto Moreno Rojas, previo el cumplimiento de todos los requisitos del caso, tomó posesión del mencionado cargo.

"3º Desde la fecha de su posesión, ya ctiada, hasta la en que se produjo su retiro en virtud de la Resolución acusada, el doctor Alberto Moreno Rojas ejerció el cargo con absoluta probidad y eficiencia, prueba de lo cual es el hecho de que no fue objeto jamás de ni siquiera una llamada de atención, como consta en su hoja de vida.

"4º Sin embargo, la situación laboral del doctor Alberto Moreno Rojas vino a complicarse a raíz de la sesión celebrada por el Consejo Directivo de la Junta Administradora de Deportes de Bogotá, Distrito Especial, con fecha 27 de agosto de 1980, pues en ella el Director de Coldeportes, Licenciado Forero Nougués, le ordenó al Director de la Junta Regional, que debía prescindir de los servicios de tres de sus funcionarios, entre los que se contaba el suscrito, exigiéndose su renuncia.

"5º La posición asumida por el Director General de Coldeportes a que se ha hecho mención antes, a pesar de ser arbitraria y abusiva, pues carecía de competencia para impartir esa orden ya que los nombramientos y consiguientemente la remoción del personal de la Regional no le incumbían, fue secundada por el Director de la Regional, quien en consecuencia procedió a exigirle, al suscrito y a los otros dos funcionarios la presentación de su renuncia.

"6º Tal proceder del Director Regional de Coldeportes sobre la exigencia de presentación de la renuncia se cumplió en forma reiterada desde el 27 de agosto de 1980, fecha de la sesión del Consejo Directivo atrás mencionada, y hasta el 17 de octubre del mismo año, fecha esta en la que el doctor Moreno Rojas, vista la persistente presión que sobre él se venía ejerciendo para que renunciara, accedió a hacerlo y, como lo había hecho en anteriores oportunidades, advirtió esta vez al doctor Eduardo Frías, Jefe de la División Administrativa, como emisario para tal fin del Director de la Regional, que procedería a cumplir esa exigencia, pero dejando constancia en la nota de renuncia sobre el motivo que la provocaba, es decir, que ella no

obedecía a razón distinta a las presiones a que venía siendo sometido para que lo hiciera, no siendo por tanto un acto libre y espontáneo suyo.

"7º Fue así como a las 12 en punto de ese día 17 de octubre de 1980, el doctor Alberto Moreno Rojas procedió a presentar renuncia de su cargo, en la forma como lo había anunciado, es decir, expresando en la nota respectiva el motivo que lo indujo a ello. Esta nota fue recibida en la Dirección Ejecutiva de la Regional, tal como aparece en la planilla correspondiente, renglón 9, a las 12:15 del mismo día 17 de octubre de 1980.

"8º Mas como los términos en que estaba concebida la renuncia desde luego no podían ser del agrado del funcionario que cumpliendo órdenes de su superior la exigió, por contener expresiones que revelaban la verdad de lo ocurrido, dicho funcionario optó en forma ilegal y arbitraria por el camino que le pareció más expedito, cual era el de declarar la insubsistencia del nombramiento del doctor Moreno Rojas, haciendo caso omiso de la renuncia que éste había presentado, siendo así que tenía la obligación, legal y moral de considerarla y resolverla en el sentido que estimara pertinente" (fls. 41 a 43).

De la siguiente manera señala el demandante las disposiciones que considera infringidas y expone el concepto de la violación:

"La Resolución 0876 del 17 de octubre de 1980, acusada, viola flagrantemente las normas que a continuación se mencionan y por el motivo que en cada caso se expresan:

"En forma indirecta, los artículos 16, 17, 20, 21 y 30 de la Carta Fundamental, puesto que el acto fue expedido en abierta contraposición con esas normas ya que: Desconoce el mandato constitucional que prescribe que las autoridades de la República están instituidas, no para aniquilar los bienes de las personas residentes en Colombia, como lo hace la Resolución impugnada, sino para protegerlos; olvida que la obligación del Estado es brindar, como lo manda la Carta, una debida protección al trabajo, pues esa es misión que le compete y tiene el deber imperativo de cumplir; tanto por acción como por omisión, se infringe el artículo 20 de la Constitución Nacional, pues por una parte la Resolución acusada y el hecho de la exigencia de la renuncia, son clara muestra de extralimitación de funciones por parte del funcionario que la profirió y, de otra, la circunstancia de haberse éste abstenido de considerar la renuncia presentada, revela omisión en el ejercicio de esas funciones; se viola el artículo 21 de la Constitución Nacional, puesto que al infringirse los demás antes citados en forma manifiesta, el autor del acto no queda eximido de la responsabilidad que le incumbe por haber cumplido la orden de su superior jerárquico de exigirle la renuncia al doctor Moreno Rojas; y se quebranta, finalmente, el artículo 30, en virtud de que el suscrito tenía un derecho adquirido con justo título consistente en no ser separado de su cargo sin el cumplimiento previo de las formalidades exigidas en la ley, lo que aquí no se hizo.

"Igualmente se han violado en este caso los artículos 9º del Código Sustantivo del Trabajo que establece que *'los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y*

oportuna protección para la garantía y eficiencia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones' y mal podría sostenerse que exigirle sin motivo alguno valedero la renuncia a un empleado público, primero, abstenerse de considerarla, luego, y, finalmente, declarar la insubsistencia de su nombramiento por no acatar una orden desde todo punto ilegal, signifique 'una debida y oportuna protección para la garantía y eficiencia de sus derechos'. El 66 del Código Contencioso Administrativo, pues indudablemente la Resolución enjuiciada no sólo fue expedida en forma irregular sino con flagrante abuso o desviación de las atribuciones del funcionario del cual emana. Ello porque lo correcto, lo legal, era resolverle sobre la renuncia que había presentado, así hubiera que admitirse las razones que la motivaron y la responsabilidad del funcionario que la provocó.

"Es también violatorio el acto acusado de los artículos 27, inciso 1º, del Decreto 2400 de 1968, puesto que la renuncia que se vio obligado a presentar el doctor Moreno Rojas no se debió a una expresión de su libre voluntad y, consecuencialmente, tampoco el acto que declaró su insubsistencia que fue su necesaria consecuencia. Por el mismo motivo, también fueron violados los artículos 110, 111 y 115 del Decreto 1950 de 1973.

"Finalmente, al aceptar el funcionario que recibió la renuncia por declarar la insubsistencia en vez de resolver sobre aquella, es proceder que contraría abiertamente lo dispuesto por el artículo 113 del Decreto 1950 citado, ya que según ese precepto la obligación de ese funcionario era pronunciarse sobre esa renuncia y no como lo hizo, declarando insubsistente el nombramiento so pretexto del ejercicio de una facultad de libre nombramiento y remoción, que poseía y posee, es cierto, pero que no podía usarla en este caso pues en el fondo lo que se perseguía era la separación del servicio del doctor Moreno Rojas, que al no lograrse mediante la presión para que renunciara, había entonces que acoger la vía del ejercicio de esa facultad, pues en esa forma se obviaba cualquier problema que pudiera presentarse al aceptar una renuncia en esos términos, ya que ello implicaría el reconocimiento, bien expreso o tácito, de una situación comprometedora, por lo abiertamente arbitraria e ilegal, para quien la provocó. Es lo que se traduce, simple y llanamente, en un claro abuso y desviación de poder, cuando éste se utiliza para fines bien ajenos del buen servicio, empleándolo como garrote para quien no se somete al capricho del funcionario de turno; al cual le interesa más la satisfacción de sus intereses personales que la prestación del buen servicio, olvidando que éste es apenas la justa compensación por lo que el Estado, con el dinero de los colombianos, le paga.

"Sobre este aspecto de la llamada 'facultad de libre nombramiento y remoción', que tanto se ha dado en utilizar ahora cuando de librarse del empleado que incomoda, no es del gusto del jefe político o del superior jerárquico o está ocupando una posición que se necesita para satisfacer la voracidad clientelista, se trata, el honorable Consejo de Estado, por fortuna, se ha pronunciado en el sentido de que cuando así actúa la entidad o funcionario nominador, es decir, en el caso de que la declaratoria de insubsistencia decretada con

base en esa facultad se produzca con fines ocultos o distintos al logro del buen servicio, ha de adelantarse previamente una investigación que justifique la destitución.

"Como lo anterior no se cumplió en el presente caso, y estoy dispuesto a probar que la declaratoria de insubsistencia de mi nombramiento obedeció no sólo a la existencia de fines ocultos sino ajenos al buen servicio, la Resolución enjuiciada merece ser anulada.

"En efecto: Tal declaratoria de insubsistencia se debió, no al empleo de la facultad de libre nombramiento y remoción, sino que tuvo como causa el hecho de que el suscrito no presentó renuncia del cargo, o la presentó en términos que no satisfacían el querer de quien la exigió. Por tal causa, igualmente, el acto impugnado adolece de falsa motivación" (fls. 43 a 47).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su sentencia de fecha 16 de septiembre de 1983, accedió a las súplicas de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

"*En el libelo se sostiene que al actor se le coaccionó* para que presentara renuncia del cargo que desempeñaba..." (subraya la Sala).

.....

"En el período probatorio comparecieron Héctor Román Restrepo Zuleta, Humberto Rivera Morales, Luis Armando González Rodríguez, a ratificarse sobre las declaraciones rendidas por ellos ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, y al efecto, se ratificaron de lo afirmado en ellas.

"También se recibieron los testimonios de María Emilia Chávez Ocaña y Alvaro González López.

"Héctor Román Restrepo, al ratificarse en la declaración rendida ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, al hacérsele una pregunta, contestó: 'El doctor Miguel Forero Nogués, solicitó la renuncia al Director de la Junta de Deportes de Bogotá y a sus colaboradores inmediatos con nombres propios incluyendo al doctor Gabriel Cantor, Armando González, Alberto Moreno y a mí, en sesión del Consejo Directivo sesión que gravé como Secretario del Consejo en tres cassett que me fueron arrebatados por el señor Forero Nogués y que no me fueron devueltos siendo yo el encargado de mantener la custodia de las actas y por consiguiente de los cassett del Consejo Directivo, como Secretario del mismo. La renuncia de los colaboradores antes mencionados fue condición para poder dejar al Director de la Junta Administradora de Coldeportes de Bogotá, señor Ignacio Becerra Escobar, quien así lo aceptó y lo exigió, teniendo yo el cargo de máxima confianza debí presentarle la renuncia y él me envío a solicitarle la renuncia a los demás colaboradores, entre ellos, al doctor Alberto Moreno, para facilitarle a solucionar la crisi más que todo política porque debía dar cabida a las intrigas del Director de Coldeportes y a sus lacayos del Consejo, Cayetano Cañizares y Jorge A. Mora a quienes interesaba salir de los Directivos de la Junta de Bogotá que no les funcionaba y no les tapaba lo que habían hecho en la administración anterior precedida por el mismo Cayetano Cañizares,

quien se hizo elegir miembro del Consejo para evitar posibles investigaciones en su mala administración y lo cual puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación'.

"El señor Restrepo Zuleta, más adelante, expresa: 'El Director de Coldeportes, el señor Miguel Forero Nogués, exigió la renuncia colectiva, dando los nombres de quienes debían renunciar y el Director de la Junta de Deportes, Ignacio Becerra Escobar nos solicitó la renuncia a cada uno, en forma verbal y a mí me solicitó que hablara con el doctor Alberto Moreno para que le solicitara la renuncia en calidad de Jefe inmediato', 'Ignacio Becerra Escobar, que desempeñaba el cargo de Director de la Junta de Deportes de Bogotá, fue quien le exigió la renuncia tanto al testigo, como a Moreno Rojas, por intermedio de otras personas. Manifiesta además, el testigo que la renuncia fue solicitada verbalmente en la sesión del Consejo del 27 de agosto de 1980, siendo el decalrante Secretario del Consejo Directivo de la Junta Administradora de Coldeportes de Bogotá y habiendo grabado el contenido y habiendo el señor Forero Nogués dado órdenes de que no formara parte del acta. El mismo deponente, al ser interrogado por el actor, contestó: El señor Forero Nogués tenía interés de sacar a los señores Gabriel Cantor, Armando González, Alberto Moreno y a mí y ello obedecía a que tales funcionarios no podíamos ser manejados al acomodo de los miembros del Consejo especialmente los señores Jorge Mora y Cayetano Cañizares quienes tenían interés de mantener oculto algunos malos manejos de su administración anterior y que nosotros estábamos investigando'.

"Posteriormente, manifestó el mismo deponente: 'Yo sólo sé que el doctor Moreno instauró dicha demanda, el doctor Cantor continuó trabajando en la Junta y yo presenté la renuncia escrita y es posible que el doctor Armando González haya instaurado tal demanda, yo no he demandado'.

"El testigo Humberto Rivera Morales, al comparecer al Tribunal, manifiesta que al doctor Moreno Rojas se le exigió la renuncia como consecuencia de la solicitud hecha por el Director de Coldeportes en la sesión referida y en su concepto, la reacción de parte del Director de Coldeportes fue por el hecho de haberse expuesto sobre negligencia y desatención del doctor Francisco Guevara en el desempeño de sus funciones.

"Luis Armando González Rodríguez, manifestó en el Tribunal que las causas que motivaron el retiro del doctor Moreno Rojas del cargo que desempeñaba, fueron la petición que hizo el Director de Coldeportes al señor Ignacio Becerra para que les solicitara la renuncia de sus cargos, 'la causa principal era el no acatamiento a sus insinuaciones con relación al doctor Guevara y a las denuncias que él hacía del poco rendimiento que este doctor Guevara no cumplía'.

"Por su parte, Alvaro González López, al rendir declaración, manifiesta que los motivos por los cuales se prescindió de los servicios del demandante, fueron causados a la necesidad que tenían algunos miembros del Consejo Directivo de disponer de ciertos cargos dentro de la entidad para fines personales y por ello, presionaron a Becerra Escobar para que se encargara de dejarle esos cargos libres, solici-

tando las renuncias respectivas, y afirma: 'Y fue así como el doctor Alberto Moreno fue llamado a la oficina de la Jefatura de la División Administrativa donde se le solicitó la renuncia so pena de destituirlo, en caso negativo'. El mismo testigo, al ser preguntado sobre si el doctor Moreno Rojas presentó renuncia del cargo, manifestó: 'El presentó la renuncia ese mismo día y momentos más tarde recibía la Resolución en la cual le notificaban su destitución'. Afirma el mismo deponente. Que fue el doctor Eduardo Fríes Castillo, quien le solicitó la renuncia al doctor Moreno Rojas del cargo que desempeñaba, como superior del mismo.

"La demanda sostiene que hubo abuso y desviación de poder, por la entidad nominadora, al prescindir de los servicios del actor, ya que la entidad administrativa actuó con fines distintos al buen servicio público.

"De conformidad, con los testimonios recibidos por Restrepo Zuleta, Rivera Morales, González Rodríguez, Chávez Ocaña y González López, al actor se le exigió la renuncia del cargo que desempeñaba, con el fin de disponer de él para designar a otra persona, por haber habido discrepancias con los directivos de la Junta de Deportes, como se dijo anteriormente. Hubo coacción por parte de la entidad nominadora contra el demandante para que presentara renuncia del cargo que ocupaba y como renunció en los términos en que se transcribió atrás, fue desvinculado mediante el acto administrativo que se demanda.

"Se puede apreciar, al leerse los diferentes medios probatorios allegados, que la desvinculación del demandante no se debió a motivos de un buen servicio público sino a las presiones de que fue objeto el demandante para que presentara renuncia del cargo, y como la presentó dejando constancia sobre tales presiones, se tomó la determinación de prescindir de sus servicios, mediante la forma de declaratoria de insubsistencia de su nombramiento. Como el actor, no presentó su renuncia en forma llana, es decir sin dejar constancia sobre las presiones de que fue objeto, entonces se hizo uso de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento para dar por terminada la relación laboral.

"Puede observarse, en forma nítida, esa relación de causalidad que existió entre las coacciones hechas al demandante para que presentara renuncia del cargo y la declaratoria de insubsistencia efectuada por la administración, contenida en el acto administrativo enjuiciado en este proceso.

"De tal manera que en el caso presente, la administración no hizo uso de sus facultades discrecionales, en forma correcta, al desvincular al actor, pues incurrió en desviación de poder, al haber efectuado coacciones contra el demandante para obligarlo a presentar renuncia de su cargo, y por consiguiente, el acto administrativo está afectado de nulidad" (fls. 8 a 12).

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte demandada, por lo cual el negocio subió en segunda instancia al Consejo de Estado. Estando para concepto del

señor Fiscal Cuarto de la Corporación, el respectivo expediente fue destruido durante los trágicos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985.

Reconstruido a solicitud de la parte demandada, se recibió la declaración del señor Humberto Rivera Morales, como también la del señor Eduardo Emilio Fríes Castillo (fls. 86 a 89 y 92 a 94). El demandante aportó copia de su alegato, la que obra a folios 55 y 56 del expediente y el apoderado de la denominada hoy Junta Administradora de Deportes de Bogotá, D. E., las alegaciones que figuran de folios 22 a 25 *ibídem.*

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, luego de transcribir la demanda y las consideraciones del Tribunal, conceptuó lo que se lee a continuación:

"En el criterio de esta Fiscalía, el fallo recurrido amerita su confirmación, en razón de que la decisión es acertada por cuanto se ajusta a los elementos de juicio que obran en el proceso, a la preceptiva que regla el caso *sub lite* y a los lineamientos jurisprudenciales trazados por el honorable Consejo de Estado en eventos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora se controvierte.

"Ciertamente, de los motivos, causales de anulación o vicios intrínsecos que el demandante endilga al acto cuya validez se discute, violación de normas de superior jerarquía, abuso o desviación de poder y falsa motivación, logra el accionante, como le correspondía hacerlo en razón de la obligación procesal de la carga de la prueba y de la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo, desvirtuar ésta, demostrando la desviación de poder, no por el concepto expresado en la demanda en el sentido de haberse ejercido el poder discrecional en lugar de haberse cumplido la obligación de pronunciarse sobre la renuncia (fls. 45 y 46), pues tal circunstancia no enerva la facultad discrecional de remover al funcionario que no pertenece a la carrera administrativa ni tiene período fijo, como lo ha sentado el Consejo de Estado (ver sentencia de 19 de diciembre de 1984. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente número 9111), sino por el otro, igualmente desarrollado en aquella (fl. 46) y complementado en el alegato de conclusión (fls. 53 y 54) de haber ejercido el poder discrecional de remoción con fines ocultos ajenos al buen servicio. En efecto, de las declaraciones de los testigos que obran en el proceso (fls. 86 a 89 y 92 a 94) se deduce que la renuncia fue provocada por los motivos que los deponentes indican en su testimonio, y aun cuando tal renuncia no fue aceptada si lo hubiere sido el acto de aceptación habría quedado viciado de nulidad, las causales de su provocación conducen, necesariamente, a las de la declaratoria de insubsistencia toda vez que resultan ser las mismas. De donde se desprende que el poder discrecional se ejerció no por motivos del buen servicio, razón de su consagración legal, sino por uno distinto, ajeno a él, y la relación de causalidad entre aquél y la declaratoria de insubsistencia.

"Los apretados razonamientos que preceden sirven de soporte a esta Agencia del Ministerio Público para solicitar la confirmación de la sentencia del Tribunal" (fls. 172 y 173 del expediente).

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones:

Pretende el actor que se declare nula la Resolución mediante la cual el Director de la entonces denominada Regional de Deportes de Bogotá lo removió del cargo de Jefe de la Sección de Servicios Generales de la mencionada entidad y que en consecuencia se ordene el restablecimiento del derecho que él considera vulnerado.

Estima el demandante que el acto acusado viola los artículos 16, 17, 20, 21 y 30 de la Constitución Nacional, en forma indirecta; los artículos 9º del Código Sustantivo del Trabajo, 66 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), 27, inciso primero, del Decreto extraordinario 2400 de 1968, 110, 111, 113 y 115 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, puesto que, alega él, se declaró insubsistente su nombramiento debido a que no fueron del agrado de la autoridad nominadora los términos en que estaba concebida la renuncia que le fue exigida y en la cual dejaba constancia de las presiones que se le hicieron para que la presentara. De esta manera se quebrantó, según el actor, "el derecho adquirido con justo título consistente en no ser separado de su cargo sin el cumplimiento previo de las formalidades exigidas en la ley". Se violó la ley porque su renuncia "no se debió a una expresión de su libre voluntad y, consecuencialmente, tampoco el acto que declaró su insubsistencia que fue su necesaria consecuencia"; porque no se hizo "lo correcto, lo legal", que "era resolverle sobre la renuncia que había presentado, así hubiera que admitirse las razones que la motivaron y la responsabilidad del funcionario que la provocó"; finalmente, porque, según el Consejo de Estado, "en el caso de que la declaratoria de insubsistencia decretada con base en esa facultad" (la de libre remoción) "se produzca con fines ocultos o distintos al logro del buen servicio, ha de adelantarse previamente una investigación que justifique la destitución", lo que no se hizo en su caso, siendo que había fines ocultos, ajenos al buen servicio, pues su remoción "tuvo como causa el hecho de que el suscrito no presentó renuncia del cargo, o la presentó en términos que no satisfacían al querer de quien la exigió. Por tal causa, igualmente, *el acto impugnado adolece de falsa motivación*" (Subraya la Sala).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca deduce de los testimonios rendidos en la primera instancia que "hubo coacción por parte de la entidad nominadora contra el demandante para que presentara renuncia del cargo que ocupaba y como renunció en los términos que se transcribió atrás, fue desvinculado mediante el acto administrativo que se demanda". De modo que "puede observarse, en forma nítida, esa relación de causalidad que existió entre las coacciones hechas al demandante para que presentara renuncia del cargo y la declaratoria de insubsistencia efectuada por la administración, contenida en el acto administrativo enjuiciado en este proceso".

La defensa de la entidad demandada y el ataque al fallo de primera instancia se contraen a la observación de que "el demandante

se limita a citar unos artículos de la Constitución Nacional; del Código Sustantivo del Trabajo y de los Decretos 2400 de 1968 y número 1950 de 1973, sin indicar en forma concreta cuáles de ellas (sic) fueron violadas directamente, y el concepto de dicha violación".

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, por su parte, afirma que de las declaraciones que obran en el proceso (se refiere a las dos recibidas en la segunda instancia) "se deduce que la renuncia fue provocada por los motivos que los deponentes indican en su testimonio, y aun cuando tal renuncia no fue aceptada —*si lo hubiere sido el acto de aceptación habría quedado viciado de nulidad*—, las causales de su provocación conducen, necesariamente, a las de declaratoria de insubsistencia toda vez que resultan ser las mismas. De donde se desprende que el poder discrecional se ejerció no por motivo del buen servicio, razón de su consagración legal, sino por uno distinto, ajeno a él, y la relación de causalidad entre aquél y la declaratoria de insubsistencia" (el subrayado es de la Sala).

Estudiará la Sala los planteamientos de las partes, del Tribunal y del señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado de la siguiente manera:

I. Argumento de la parte demandada.

Antes de examinar y comentar los razonamientos del actor, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, debe la Sala expresar su desacuerdo con lo expuesto por el apoderado de la parte demandada, pues, contrariamente a lo que él afirma, el demandante cumplió lo ordenado por la correspondiente disposición legal al señalar, en forma individualizada, los preceptos que, en su opinión, fueron infringidos por el acto acusado y exponer el concepto de la violación.

II. Argumentos de la parte demandante.

La anterior aseveración se refiere únicamente a la técnica de la demanda y en manera alguna quiere decir que los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios que cita el actor hubieran sido quebrantados por el acto administrativo impugnado, cuestión que se tratará de establecer en esta parte de las consideraciones de la Sala.

Pero precisa advertir previamente que si se deben anular los actos administrativos acusados que sean contrarios a una regla de derecho de superior jerarquía, tratándose de una jurisdicción rogada, el juzgador no puede tener en cuenta sino las disposiciones señaladas por el actor en su demanda y en ningún caso le es permitido examinar el ordenamiento jurídico del país para indagar qué preceptos fueron infringidos, a falta de un señalamiento del demandante o porque éste indicó normas distintas de las que pudieron ser quebrantadas.

Esas normas tienen que ser, lógicamente, las que regulen el caso y no pueden ser miradas sino desde el punto de vista de la demanda, es decir, según el concepto de la violación expuesto en ella y en ningún caso por uno diferente.

Tal es la regla que dimanaba del artículo 84 de la Ley 167 de 1941 y que hoy surge de las prescripciones del artículo 137 del Decreto extraordinario 01 de 1984, que lo subrogó.

En el examen de las disposiciones legales y reglamentarias que cita el demandante, no se puede perder de vista que el acto que se enjuicia es la *declaración de insubsistencia del nombramiento* de aquél, respecto de lo cual existen normas reguladoras, que *no son*, obviamente, *las que reglan la renuncia de los empleados públicos* que, en el caso del actor, no fue aceptada.

Afirma el demandante que el acto acusado violó en forma indirecta los artículos 16, 17, 20, 21 y 30 de la Constitución Nacional, y ciertamente ellos, que nada disponen sobre retiro de empleados públicos del servicio, no pueden ser quebrantados sino a través de las disposiciones legales que los desarrollan; de modo que si ellas no fueron infringidas, tampoco pudieron serlo las respectivas normas constitucionales.

Una de esas disposiciones legales es el artículo 9º del Código Sustantivo del Trabajo, cuya aplicabilidad en el marco de las relaciones de trabajo constitutivas de empleo público es innecesario dilucidar, a la luz de los artículos 2º y 4º del mismo estatuto, pues es evidente que dicha disposición no hace sino repetir, en términos más amplios la prescripción del artículo 17 de la Carta sobre protección al trabajo.

En un ámbito más próximo a la cuestión debatida, cita el demandante como infringido el inciso primero del artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 y los artículos 110, 111, 113 y 115 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, como también el 66 de la Ley 167 de 1941, entonces vigente.

La primera de las citadas disposiciones establece:

"Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación, puede renunciarlo libremente".

Los del orden reglamentario se expresan en los siguientes términos:

"*Artículo 110.* Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

"*Artículo 111.* La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

"*Artículo 113.* Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

"Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

"*Artículo 115.* Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor las renuncias en blanco, o sin fecha determinada, o

que mediante cualquiera otra circunstancia pongan con anticipación en manos de la autoridad nominadora la suerte del empleado".

Examinados los anteriores preceptos, la Sala hace las siguientes observaciones:

1ª El inciso primero del artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 no pudo ser infringido por el acto acusado, pues en éste ni se solicitó o exigió la renuncia al doctor Moreno Rojas, ni se aceptó la que al decir de él no era expresión de su libre voluntad, puesto que lo que se hizo en la providencia acusada fue declarar insubsistente el nombramiento del actor.

Por la misma razón, tampoco pudieron ser violados los artículos 110, 111, 113 y 115 del Decreto 1950 de 1973, que no se refieren a la declaración de insubsistencia de los nombramientos, sino a la libertad de renunciar y prescriben cómo se produce la renuncia, cómo se acepta, el término para su efectividad, las consecuencias de la falta de decisión sobre ella dentro de dicho plazo; prohibición de las renuncias en blanco, o sin fecha determinada o que en alguna forma dejen anticipadamente en manos de la autoridad nominadora la suerte del empleado.

Nada tienen que ver esas normas con la declaración de insubsistencia de un nombramiento, a no ser que, exclusivamente para el caso del artículo 113 del Decreto reglamentario, se entienda, como entiende el demandante, que la autoridad nominadora debe aceptar la renuncia, cualesquiera que sean los términos en que esté concebida, y que su presentación constituye impedimento para que aquella declare la insubsistencia del nombramiento del empleado.

Sobre el particular ha sostenido la Sala que no existe obligación de aceptar una renuncia, así esté concebida en términos inaceptables, ni oposición legal para que se declare insubsistente el nombramiento de un empleado público por el hecho de que la haya presentado, como no la hay para su destitución, si se llenan en este caso los requisitos exigidos por la ley.

Así, en sentencia del 23 de septiembre de 1986, dijo la Sala:

"...Pero no quiere decir que el funcionario dimitente no puede salir del empleo por una causa o un medio diferente de la presentación y aceptación de su renuncia, como es la declaración de insubsistencia del nombramiento o de vacancia del cargo o la destitución del mismo, por ejemplo, si se dan las condiciones previstas en la ley.

"La facultad que tiene la autoridad nominadora de remover libremente a sus subalternos que no gocen de un fuero de relativa estabilidad en el empleo, no puede ser limitada, recortada o interferida por los sujetos pasivos de ella. Esa virtud, ese efecto no tiene la presentación de una renuncia. Sólo la ley puede restringir o condicionar el uso de la facultad discrecional que tiene la autoridad nominadora de separar del servicio a un empleado mediante la declaración de insubsistencia de su nombramiento.

"En sentencia del 19 de diciembre de 1984 dijo la Sala:

" 'El hecho de que un empleado haya presentado renuncia de su cargo no impide a la autoridad nominadora hacer uso de la facultad discrecional de declarar insubsistente su nombramiento como medio para retirarlo del servicio. La renuncia no es un acto que tenga la virtud de enervar el ejercicio de los medios legales de que dispone la autoridad nominadora para desvincular de su empleo a un funcionario público, ni la declaración de insubsistencia del respectivo nombramiento queda por ese hecho viciada de nulidad: El acto de remoción del empleado es válido si se ha dictado de conformidad con las correspondientes disposiciones legales' (Expediente 9111. Actora: Virginia Torres González. Ponente Consejero Joaquín Vanín Tello. Diccionario Jurídico, año de 1984, páginas 518 y 519).

"En suma, el Gobernador de la Guajira no violó la ley cuando en lugar de aceptar la renuncia de los demandantes, no obstante ser irrevocable y reiterada, los separó del servicio declarando insubsistente sus nombramientos, medio que no es normal, pero sí legal, en esos niveles de la administración. Más aún, si el Gobernador consideraba que la renuncia de los actores no se ceñía a la ley o que contenía afirmaciones inexactas, estaba en su derecho al no aceptarla" (Expediente número 189. Actores: Alvaro Romero Effer y otros. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello. Revista "Jurisprudencia y Doctrina", Tomo XV, número 179).

En ese fallo la Sala se declaró de acuerdo con la tesis de la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, sostenida en el concepto que emitió en el mismo negocio y en el cual expresó lo que se lee a continuación:

"No hubo pues desviación de poder en la negativa del Gobernador a aceptar una renuncia que de acuerdo con las normas legales carecía de validez, ni tampoco en la utilización de la facultad de libre nombramiento y remoción, para separar a los demandantes de sus cargos, si así lo exigían las circunstancias del momento, precisamente en procura de un mejor funcionamiento administrativo, en beneficio de los intereses del Departamento.

"En contrario de esta finalidad nada se ha probado, y por tanto, el acto acusado conserva la presunción de legalidad" (página 972 de la citada revista).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala, el acto acusado no violó el artículo 66 de la Ley 167 de 1941; no existió "abuso o desviación de las atribuciones del funcionario del cual emana", debido a que no aceptó en forma expresa una renuncia inaceptable, o no resolvió sobre ella, en términos del demandante, pero cuyo rechazo se evidencia con la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor.

2ª No encuentra la Sala fundamento legal ni lógico a la tesis del demandante, según la cual como la renuncia debió ser "una expresión de su libre voluntad", también debía serlo la declaración de insub-

sistencia de su nombramiento. No se entiende cómo puede ser ella un acto producido o siquiera solicitado por el sujeto pasivo del mismo. Dice así el actor en su demanda: "...puesto que la renuncia que se vio obligado a presentar el doctor Moreno Rojas no se debió a una expresión de su libre voluntad y, consecuencialmente tampoco el acto que declaró su insubsistencia que fue su necesaria consecuencia".

La tesis que se comenta no es sino el resultado de transferir ilógicamente el régimen de las renuncias al campo de los actos de declaración de insubsistencia del nombramiento de los empleados públicos, donde rigen otras normas por la propia naturaleza de las cosas.

3ª Asevera el actor que la declaración de insubsistencia de su nombramiento obedeció a fines ocultos, ajenos al buen servicio y que consisten en que él presentó su renuncia en términos que no satisfacían a la autoridad nominadora.

No ve la Sala porqué es contraria al buen servicio la no aceptación de una renuncia, concebida en términos inaceptables para la Administración, los cuales implicaban una impugnación anticipada al acto que ella se negó a dictar y porqué, debido a que existieron tales antecedentes, tiene que recibir esa calificación la declaración de insubsistencia del nombramiento del demandante. Párese mientes en que el señor Fiscal, que solicita la confirmación de la sentencia apelada, afirma que si la autoridad nominadora lo hubiera proferido, "el acto de aceptación habría quedado viciado de nulidad". Quiere decir que el funcionario competente no obró ilegalmente al negarse a producir un acto que, en concepto del señor Fiscal, habría sido ilegal. Y si la autoridad nominadora quería remover al actor, por alguna causa, no podía hacerlo mediante un acto contrario a los intereses que estaba obligado a defender, puesto que eran los de la entidad que él representaba, sin faltar a los deberes de su cargo.

Tenía, pues, que recurrir a la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor, autorizada legalmente. La actuación de la autoridad nominadora debe mirarse más bien como coincidente con la noción del buen servicio, a menos que se haya demostrado que la finalidad buscada por ella, al remover al actor, era ajena o contraria a ese principio fundamental de sana administración.

Pero, como se verá más adelante, este aspecto de la impugnación del actor no trasciende del ámbito de los medios, cuando lo que tenía que alegar y demostrar era que *su separación del cargo* obedeció a finalidades contrarias a la noción del buen servicio.

En otros términos, el cargo de que la autoridad nominadora obró con una finalidad contraria al buen servicio basó su efectividad en el ataque a los medios utilizados (solicitud de renuncia y declaración de insubsistencia del nombramiento) y no al fin perseguido con su retiro del empleo que desempeñaba. De suerte que el enfoque que le dio al cargo no conducía a desvirtuar la presunción, inherente a todo acto administrativo, de que el que dispuso su remoción consultaba los intereses generales, tenía como finalidad asegurar el buen servicio.

4º Los hechos relatados en la demanda y las pruebas aportadas al proceso no indican circunstancia o razón alguna que justificara el adelantamiento de la investigación que según el actor debió ser procedimiento previo a la "destitución" que, en sentir de la Sala, no existió, ni siquiera en forma encubierta o disfrazada.

5ª Finalmente, carece de sentido la afirmación del demandante de que el acto impugnado, que no fue motivado, "adolece de falsa motivación".

En conclusión, no pudieron ser violadas por el acto acusado las normas legales y reglamentarias que cita el demandante y, por consiguiente, tampoco las constitucionales.

III. Los razonamientos de la sentencia de primera instancia.

Conforme a la transcripción que de ella se hizo, la sentencia apelada parte de seis supuestos de hecho:

1. Al actor se le exigió la renuncia "por haber habido discrepancias con los Directivos de la Junta de Deportes".

2. La entidad nominadora ejerció *coacción* sobre el demandante para que renunciara al cargo que ocupaba.

3. "Como el actor, no presentó su renuncia en forma llana, es decir, sin dejar constancia sobre las presiones de que fue objeto, entonces se hizo uso de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento para dar por terminada la relación laboral".

4. Hay una nítida relación de causalidad "entre las coacciones hechas al demandante para que presentara renuncia del cargo y la declaratoria de insubsistencia efectuada por la Administración".

5. "La desvinculación del demandante no se debió a motivos de buen servicio público sino a las presiones de que fue objeto el demandante para que presentara renuncia del cargo..."

6. La Administración "incurrió en desviación de poder, al haber efectuado coacciones contra el demandante para obligarlo a presentar renuncia de su cargo..." (pág. 10 de este fallo).

Encuentra la Sala demostrado que al actor se le pidió la renuncia; pero ignora de dónde sale la afirmación del Tribunal, hecha tres veces, de que se le hizo coacción para que renunciara, pues tal cosa no se afirma en la demanda, ni consta en las declaraciones de los testigos que cita dicha Corporación.

Coacción es, según el Diccionario de la Real Academia Española, "fuerza o violencia que se hace a una persona para precisarla a que diga o ejecute una cosa". En ninguno de los testimonios que transcribe la sentencia se habla de coacción sobre el demandante ni se mencionan actos constitutivos de aquélla. (Cfr. las transcripciones que hizo el Tribunal en las páginas 7 a 9 de esta sentencia).

El testigo Luis Armando González, en una parte de su declaración que no transcribe la sentencia del Tribunal, dice: "Me enteré que en una reunión si no estoy mal del 27 de agosto de 1980 el Director de Coldeportes, señor Mike Forero Nogués presionó para que el doctor

Moreno, el doctor Restrepo (otro de los testigos) y yo presentáramos renuncia de nuestro cargo, tengo entendido que en reuniones y conversaciones posteriores seguía solicitando estas renuncias; cuando yo conocí estas peticiones conversé y supe de las presiones para que renunciáramos".

O sea que tales presiones las ejerció no el director de la entidad regional sino el de la nacional y no sobre el doctor Moreno y los otros dos funcionarios a quienes se les solicitó la renuncia, sino sobre los directivos de la Regional de Deportes de Bogotá, Distrito Especial. Por otra parte, al deponente no le consta que se ejercieran dichas presiones sino que supo de ellas por otras personas. Por eso al preguntársele en qué consistieron "tales presiones", contestó: "Por mi parte nunca lo supe porque salía o debía salir de la Junta..."

Además, el mismo testigo manifestó, cuando se le preguntó: "quién le exigió la renuncia al doctor Alberto Moreno Rojas": "Como me pasó a mí, otras personas le insinuaron a Moreno que el Director Ignacio Becerra quería que el doctor Moreno le presentara renuncia" (fl. 59 del expediente).

Otro de los testigos, el señor Alvaro González dijo, según transcripción que se hace en la sentencia del *a quo*, que "el doctor Alberto Moreno fue llamado a la oficina de la Jefatura de la División Administrativa donde se le solicitó la renuncia so pena de destituirlo, en caso negativo".

Pero a este testigo hay que hacerle algunas observaciones: En primer lugar, él confunde insubsistencia con destitución, pues dice, contra toda evidencia: "momentos más tarde recibía la Resolución en la cual le notificaban su destitución". Como se sabe, lo que se le comunicó al actor fue la declaración de insubsistencia de su nombramiento. En segundo lugar, no dice el deponente si él estuvo con el actor en la Jefatura de la División Administrativa de la entidad, si esa expresión la oyó de persona determinada o se enteró de ella porque se la contaron. Cabe recordar que *esa afirmación no se hace en la demanda.*

Pero *en la segunda instancia,* el demandante, en su interrogatorio, preguntó al doctor Eduardo Emilio Fríes Castillo, quien en la época en que sucedieron los hechos era Jefe de la División Administrativa de la entidad, si era cierto que él le había dicho que si no renunciaba inmediatamente lo "declararían insubsistente", a lo cual el testigo contestó afirmativamente; para decir después que el actor había renunciado "por insinuación" suya y manifestar al final que "como mencioné anteriormente con la solicitud que le hice al doctor Alberto Moreno, él presentó su renuncia sin que le hubiera presionado sicológicamente o de cualquier otra forma" (fls. 92 a 94 del expediente).

Pero de todas maneras, aceptando que el director de la entidad le hizo saber al doctor Moreno Rojas, Jefe de la Sección de Servicios Generales, por intermedio del Jefe de la División Administrativa, que si no renunciaba su nombramiento sería declarado insubsistente, no encuentra la Sala en eso un acto de coacción, pues habiendo decidido la Administración separarlo del cargo "por haber habido discrepancias con los directivos de la Junta de Deportes", como dice la sen-

tencia, lo que realmente sucedió fue que al actor se le dio a escoger entre dos medios que conducían al mismo resultado: su separación del servicio. Por lo demás, la declaración insubsistencia del nombramiento, es un medio legal que si produce el mismo resultado que la renuncia aceptada, no puede calificarse, frente a ésta, como "un mal irreparable y grave", según términos del artículo 1513 del Código Civil, al referirse a la fuerza, cuya posibilidad hubiera obrado coactivamente en el ánimo de una persona como el demandante en este proceso.

No cree la Sala, como sí el Tribunal, que si la renuncia fue solicitada o exigida, el acto acusado es inválido, ya que la supuesta coacción no estaba enderezada a la declaración de insubsistencia del nombramiento del demandante sino a un acto que no tuvo efecto: la renuncia, que no fue aceptada. No es posible estimar que como la insubsistencia del nombramiento del actor fue consecuencia de no haber renunciado él en términos aceptables, quedó aquel acto viciado de la nulidad que supuestamente hubiera afectado al acto de aceptación de la renuncia.

Se afirma en la sentencia apelada que hubo desviación de poder. Se entiende que ese fenómeno se produce cuando la autoridad investida de una facultad la ejerce para un fin distinto de aquel para el cual le fue concedida; fin que se identifica con la noción de buen servicio.

Según el Tribunal, la remoción del actor no se debió a motivos de buen servicio sino *a las presiones* de que fue objeto aquél para que renunciara. Es evidente que se confunden los fines con los medios: las presiones, si existieron, no fueron un fin sino un medio para conseguir la renuncia. Pero ni siquiera la renuncia o la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor, su retiro del cargo, constituyen fines contrarios al buen servicio, sino que pueden ser calificados así los motivos que se tuvieron para la remoción del demandante, si se apartan de aquél. Lo que se tenía que indagar y evaluar con relación a la posible desviación de los motivos del acto, era qué finalidad buscaba la Administración con la remoción del demandante.

Lo otro se sitúa en el orden de los medios y no de los fines.

Ahora, que se hubiera exigido la renuncia del actor no hace nula la declaración de insubsistencia de su nombramiento. Suponiendo que el medio utilizado no fuera adecuado ni legítimo no significa que el fin hubiera sido malo. El fin es, en sí y por sí, bueno o malo independientemente de los medios que se utilicen para conseguirlo. Así como el fin no justifica los medios, un medio ilícito o ilícitamente utilizado no pervierte el fin perseguido. Por ejemplo, si la autoridad nominadora solicita la renuncia a un empleado público o declara insubsistente su nombramiento porque cometió una falta grave, sancionable con la destitución, quiere decir que se equivocó de medio o hizo mal uso de él o que utilizó uno inadecuado o ilegítimo; pero ello no convierte en ilegítimo el fin, ni lo coloca en contradicción con las finalidades del buen servicio.

Finalmente, el Tribunal, que se salió del marco trazado por el actor en su demanda, anuló el acto acusado sin que hubiera encontrado contradicción entre él y las disposiciones invocadas en aquella,

esto es, sin que se hubiera desvirtuado respecto de él la presunción de legalidad que ampara todo acto administrativo.

IV. El concepto fiscal.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado se refiere lógicamente a la finalidad perseguida por la Administración con la remoción del actor. Conceptúa el señor Fiscal que la autoridad nominadora hizo uso del poder discrecional de que está investida no por motivo del buen servicio sino por uno distinto, como es el que "los deponentes indican en su testimonio". En su opinión, las causales para provocar la renuncia el demandante se convirtieron en causales para la declaración de insubsistencia de su nombramiento.

Para el señor Fiscal los motivos que determinaron el acto acusado se encuentran expuestos en las declaraciones recibidas en la *segunda instancia* del proceso, que obran del folio 86 al 89 y del 92 al 94 del expediente, de las cuales son autores los señores Humberto Rivera Morales y Eduardo Emilio Fríes Castillo.

El primero de los nombrados, el señor Humberto Rivera Morales, quien entonces desempeñaba el cargo de Auditor Regional ante la Junta Administradora de Deportes de Bogotá, expresó que fue motivo para que se solicitara la renuncia del demandante el hecho de que él denunciara ante el Consejo Directivo "algunas actuaciones del Jefe de la Oficina Jurídica tales como la desatención de los negocios de la Dirección de Deportes, la pérdida de documentos en la Oficina Jurídica". Esos documentos, según explica más adelante el testigo, eran unas letras de cambio. (fls. 86 a 89).

El otro testigo a que aludió el señor Fiscal, el señor Eduardo Emilio Fríes Castillo, contestó el interrogatorio que al respecto le hizo el demandante, diciendo: "Desconozco los motivos puestos (sic) que yo estaba recién ingresado a la Regional de Bogotá... Que yo sepa al momento de pedirle la renuncia al doctor Moreno no sabía si tenía problemas con los Directivos por lo que mencioné anteriormente que estaba recién ingresado a la Regional de Bogotá". Antes había dicho que el doctor Becerra le solicitó que le pidiera la renuncia al demandante "sin explicarme motivo alguno o causal para pedirle la renuncia" (fls. 92 a 94).

En las declaraciones de la primera instancia, a las cuales no se refiere el señor Fiscal, se mencionan hechos diversos.

El testigo Humberto Rivera Morales que, como se vio, también fue deponente en la segunda instancia, dice que se le pidió la renuncia al actor "como consecuencia de la solicitud hecha por el Director de Coldeportes" en el Consejo Directivo de la Junta Administradora de Bogotá, cuya reacción fue provocada "por el hecho de haberse expuesto sobre negligencia y desatención del doctor Francisco Guevara en el desempeño de sus funciones" (fl. 10 del expediente).

Para el señor Luis Armando González García, "la causa principal era el no acatamiento a sus insinuaciones (las del actor) con relación al doctor Guevara y a las denuncias que él hacía del poco rendimiento que este doctor Guevara no cumplía" (Sic. Fl. 10).

El testigo Alvaro González López afirmó, según la sentencia apelada, "que los motivos por los cuales se prescindió de los servicios del demandante, fueron causados a (sic) la necesidad que tenían algunos miembros del Consejo Directivo de disponer de ciertos cargos dentro de la entidad para fines personales y por ello, presionaron a Becerra Escobar para que se encargara de dejarles esos cargos libres..." (fl. 11).

Según el señor Héctor Román Restrepo Zuleta, la exigencia de la renuncia a algunos funcionarios de la entidad, entre ellos el demandante, fue condición para dejar en su cargo al señor Ignacio Becerra; además, se trataba de "solucionar la crisis más que todo política porque debía dar cabida a las intrigas del Director de Coldeportes y a *sus lacayos* del Consejo, Cayetano Cañizares y Jorge a Mora a quienes interesaba salir de los Directivos de la Junta de Bogotá que no les funcionaba y no les tapaba lo que habían hecho en la administración anterior precedida por el mismo Cayeta (sic) Cañizares, quien se hizo elegir miembro del Consejo para evitar posibles investigaciones en su mala administración y lo cual puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación". (Subraya la Sala. Fl. 9).

Más adelante dice el testigo que "el señor Forero Nogués tenía interés de sacar a los señores Gabriel Cantor, Armando González, Alberto Moreno y a mí y ello obedecía a que tales funcionarios no podíamos ser manejados al acomodo de los miembros del Consejo especialmente los señores Jorge Mora y Cayetano Cañizares quienes tenían interés de mantener oculto algunos malos manejos de su administración anterior y que nosotros estábamos investigando" (fl. 10).

Llama la atención que ni en los hechos de la demanda ni en parte alguna de ella el actor mencionara los hechos que relatan los testigos, de los cuales sólo dos concuerdan en señalar como causa de la remoción del actor un enfrentamiento de éste con el Jefe de la Oficina Jurídica.

Pero si existió, no se puede decir que esa sea la causa del retiro del demandante, que puede ser otra, pues de todas maneras alguna debió existir, pero solamente podía conocerla y comunicarla quien, por interpuesta persona, solicitó primero la renuncia al doctor Moreno y después declaró insubsistente su nombramiento, es decir, el señor Ignacio Becerra.

Bien lo dijo el Consejo de Estado, en sentencia del 13 de septiembre de 1968:

"La acusación de un acto administrativo por desviación de poder requiere una investigación sobre la mente del funcionario, sobre las secretas intenciones que lo llevaron a tomar su decisión. Así habrá siempre un doble estudio de motivos: Será necesario determinar primero cuál es el espíritu general de la ley atributiva de competencias, cuál fue la intención o el fin perseguido al otorgar a un funcionario determinado poder; y en segundo lugar, habrá necesidad de estudiar cuál fue el fin perseguido por el agente al ejercer su poder". (Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Ponente: Hernando Gómez Mejía. Diccionario Jurídico, tomo I, pág. 101).

Para la Sala, las declaraciones de los testigos, no coincidentes, señalan hechos que pueden ser ciertos, pero no la causa de la insubtencia del nombramiento del actor. De lo contrario, cualquier roce, desavenencia o enfrentamiento que tenga lugar en un organismo o dependencia oficial —y es natural que se presenten— se erige en causa de la declaración de insubsistencia del nombramiento de un empleado que en alguna época, reciente o remota, estuvo involucrado en ellos, cuando la causa real puede ser distinta. Y ya se vio que los testigos señalan causas diferentes.

No se requiere, pues, calificar los testimonios, algunos de ellos provenientes de personas a quienes también se les solicitó la renuncia conjuntamente con el demandante, para desecharlos como prueba de esa relación de causalidad entre los hechos relatados en ellos y la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor, pues la que se indica no pasa de ser una inferencia de los testigos, ninguno de los cuales manifiesta que el señor Ignacio Becerra, quien dictó el acto acusado, les hubiera comunicado la causa para retirar de su cargo al demandante. Recuérdese que la persona quien Becerra encargó de solicitar la renuncia del actor, el señor Fríes Castillo, afirma, en su declaración, que el Director de la Regional de Deportes de Bogotá no le hizo saber el motivo por el cual se buscaba el retiro del doctor Moreno.

Y si no están demostradas las causas para solicitar la renuncia del doctor Moreno, tampoco pueden estarlo las que motivaron la declaración de insubsistencia del nombramiento de aquél, que, según el señor Fiscal, son las mismas.

No estando probado que el acto acusado hubiera violado las disposiciones que el actor citó en su demanda, se mantiene incólume la presunción de que está ajustado a la ley y, por consiguiente, procede la negativa a las súplicas de la demanda, previa revocación de la sentencia recurrida.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 16 de septiembre de 1983, y, en su lugar, se dispone:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 18 de septiembre de 1987.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CAPITULO IV

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN MUNICIPAL

MIEMBROS DE JUNTAS O CONSEJOS DIRECTIVOS (Suspensión provisional).

(Decreto 3446 de 1986, art. 4º) en concordancia con el artículo 165 del Decreto 133 de 1986: "El número de miembros de la Junta o Consejo Directivo, será de 3 o de cualquier múltiplo de tres".

SUSPENSION PROVISIONAL. Decretamiento artículo 152 del Decreto 01 de 1984.

Decrétase la SUSPENSION PROVISIONAL de la elección de miembros de las Juntas de las Empresas Públicas de Medellín y de las Empresas Varias Municipales de Medellín hecho por el honorable Concejo de Medellín según Acta número 22 de 3 de diciembre de 1986.

Consejo de Estado.— Sala Electoral.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Proyectó: Magistrado auxiliar doctor Antonio José Villamil R.

Referencia: Expediente número E-108. Actor: Leonel Valencia Paniagua.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto de 18 de marzo de 1987, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por el cual se negó la suspensión provisional del acto del honorable Concejo Municipal de Medellín por medio del cual eligió las Juntas de Empresas Públicas de Medellín y Empresas Varias Municipales de Medellín.

I. La providencia apelada:

El auto recurrido expresa en su parte motiva lo siguiente:

"El artículo 152 del Decreto 01 de 1984, al hablar sobre la procedencia de la suspensión, establece: 'El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas':

"

"

"'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'.

"'...' (Subrayas del Tribunal)".

"Como puede observarse, el demandante solicitó de modo expreso en su escrito de demanda la suspensión provisional, pero no se preocupó en ningún momento de sustentarla, circunstancia esta que por sí sola es suficiente para negar la mencionada solicitud, máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal desconoce las razones o motivos que lo han inducido para hacer tal petición" (fl. 239, cuaderno 1).

II. La impugnación:

La parte demandante sustentó el recurso así:

"En cuanto a la sustentación de la solicitud, como ella hace parte integral de la demanda, es entonces fácil deducir, que el contenido mismo de la demanda, constituye por así decirlo la sustentación de la medida allí solicitada" (fl. 243, cuaderno 1).

III. Consideraciones de la Sala:

La institución de la suspensión provisional tiene por objeto tutelar el orden jurídico de las violaciones flagrantes u ostensibles en que la administración pueda incurrir en sus decisiones, evitar los consiguientes perjuicios no sólo para proteger al administrado sino a la misma administración que se beneficia con la cesación de los perjuicios que tendría que indemnizar. Por lo tanto las formalidades exigidas por el legislador para pedir la suspensión provisional de un acto constituyen un aspecto objetivo, cuya finalidad es facilitar al fallador el examen de la acusación para que pueda percibir, a través de una sencilla comparación, si el acto cuestionado entraña manifiesta violación de normas superiores.

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo debe aplicarse, en cuanto a formalidades, con criterio amplio, para no sacrificar el fondo de la institución preventiva por el aspecto meramente formal de ella. Esto quiere decir que no es necesario que el demandante tenga que elaborar un capítulo separado del resto de su demanda mostrando la ostensible violación de la ley para que su petición de suspensión provisional pueda ser estudiada. Aunque por razones de método esto es lo deseable, lo fundamental es que pida la suspensión y que se sustente, aunque la argumentación surja del contexto de la demanda, y no en capítulo separado; desde luego la sustentación debe mostrar, sin mayor esfuerzo mental que la violación es notoria.

Resulta sí ineludible, como requisito sustancial, que la sustentación sea suficientemente clara como para señalar la violación ostensible por el acto acusado de las disposiciones superiores señaladas por el actor y que tal violación se observe de una sencilla comparación entre aquél y estas.

Conviene aclarar que si bien para la prosperidad de la impugnación del acto administrativo basta la violación de norma superior, aunque ella no sea ostensible, flagrante, directa, para obtener la suspensión provisional sí es requisito indispensable que la violación sea ostensible, directa, detectable *"prima facie"*, y de ahí el cuidado que debe tener el demandante en distinguir y separar, cuando sea necesario, la violación de las normas que sustentan la pretensión principal de aquella o aquellas que fundamentan la pretensión accesoria y cautelar.

En el caso *sub júdice* se observa que el acto del Concejo Municipal por medio del cual eligió a las Juntas de las Empresas Públicas de Medellín y de las Empresas Varias Municipales de Medellín, violó ostensiblemente el Decreto 3446 de 1986, en su artículo 4º en concordancia con el artículo 165 del Decreto 1333, citados por el actor, porque aquel artículo ordena que "el número de miembros de la Junta o Consejo Directivo será de tres o cualquier múltiplo de tres" y el acto acusado eligió cuatro y la otra norma obliga a los Concejos a que "antes del 17 de enero de 1987" tome las decisiones necesarias a fin de darle cumplimiento a lo anterior, y el Concejo de Medellín, ya en vigencia las citadas normas y en vez de acomodarse a las nuevas precisiones legales estando dentro del término para hacerlo el cual se extendía sólo hasta el 17 de enero de 1987, hizo la elección impugnada, incumpliendo la voluntad abstracta del legislador, según el contenido del Acta número 22 de diciembre 3 de 1986, violando (fl. 201) ostensiblemente los anteriores mandatos que están rigiendo desde el 25 de abril y 14 de noviembre de 1986, respectivamente.

A la Sala le basta observar el acta aludida y las normas invocadas (los artículos 4 y 165 ya citados) para verificar que en verdad existe la violación alegada, lo cual amerita la suspensión provisional pedida, como en efecto se ordenará, previa revocatoria del auto apelado, en este aspecto de la controversia.

En consecuencia, se resuelve:

Primero. Revócase el auto de marzo dieciocho de mil novecientos ochenta y siete proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia en cuanto no decretó la suspensión provisional pedida en la demanda.

Segundo. Decrétase la suspensión provisional de la elección de miembros de las Juntas de las Empresas Públicas de Medellín y de las Empresas Varias Municipales de Medellín hecho por el honorable Concejo de Medellín, según Acta número 22 de 3 de diciembre de 1986

Tercero. *Confírmase*, en lo demás, el auto apelado.

Cuarto. Comuníquese al señor Alcalde de Medellín, al Presidente del honorable Concejo Municipal de Medellín, a las Empresas Públicas de Medellín y a las Empresas Varias Municipales de Medellín.

Quinto. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen a fin de que continúe la tramitación del presente juicio.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Gaspar Caballero Sierra, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello, Jorge Valencia Arango,* Con aclaración de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria.

ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS. (Aclaración de voto).

1. Posibilidad de recurrir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 135 del Decreto 01 de 1984).

2. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS (art. 136 del Decreto 01 de 1984).

3. ACCION ELECTORAL Y ACCION DE NULIDAD. Diferencias.

4. SUSPENSION PROVISIONAL EN JUICIOS ELECTORALES:

a) En el anterior Código, artículo 98 del Código Contencioso Administrativo. No procedía;

b) En el nuevo Código (art. 66 de la Ley 96 de 1985, por el cual se subroga el art. 230 del C. C. A.).

5. PERENCION EN JUICIOS DE NULIDAD:

Improcedencia (art. 148 del Decreto 01 de 1984. PERENCION EN JUICIOS ELECTORALES. Procedencia (art. 233 del Decreto 01 de 1984).

Aclaración de voto del Consejero doctor Jorge Valencia Arango.

Referencia: Expediente número E-108. Actor: Leonel Valencia Paniagua.

La ponencia presentada por mí a consideración de la Sala Contenciosa Electoral, tenía, en su parte resolutiva, un ordinal que advertía sobre la caducidad de la suspensión provisional por abandono del juicio, como lo prevé el artículo 156 del Código Contencioso Administrativo, con la única excepción de los procesos de "simple nulidad" y tal ordinal fue derrotado en la Sala y ese es el motivo de mi aclaración:

I. Las distintas acciones:

a) Dispone el artículo 135:

"Artículo 135. *Posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.* Para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administra-

tivo a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto será necesario":

"1. Que se haya agotado la vía gubernativa, o

"2. Que las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes, o

"3. Que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos";

b) Dispone el artículo 136:

"Artículo 136. *Caducidad de las acciones.* La de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir".

"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. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años".

"Sin embargo, cuando se demanden actos que reconozcan prestaciones periódicas la acción podrá proponerse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe".

"La de reparación directa y cumplimiento y la de definición de competencias caducarán al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho".

"La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrán interponerse en cualquier tiempo".

"Las de nulidad y de restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación de baldíos, proferidos por el INCORA, caducarán en dos (2) años contados desde la publicación cuando ella sea necesaria, o desde su ejecutoria en los demás casos".

"Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella".

"Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato".

"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";

c) Del contenido de tales normas, interpretadas en conjunto, en forma armónica, resulta que las acciones contencioso-administrativas, son:

1. La de nulidad procedente contra los actos administrativos de carácter general y abstracto, carente de caducidad, por lo que puede

"ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir".

"Para entrar a regir por sí sola, explica que se refiere a un acto general o abstracto, reglamentario, además de que si sólo necesita de expedición o, cuando más, de publicación, es porque no es creador o modificador de situaciones jurídicas concretas, no es, pues, un acto de contenido particular" y por obvias razones, no requiere agotamiento de la "vía gubernativa".

2. La de restablecimiento del derecho denominada actualmente, o de "plena jurisdicción" o contencioso subjetivo, ejercitable contra los actos de contenido particular (art. 135), previo agotamiento de la vía gubernativa y con caducidad de 4 meses *"contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso"* (art. 136), todo lo cual indica su naturaleza particular o subjetiva.

3. La de reparación directa y cumplimiento o de responsabilidad extracontractual o indemnizatoria directa que no exige, por su propia naturaleza, ni pretensión de nulidad ni agotamiento de la vía gubernativa porque ésta existe contra los *"actos"*, no contra *"los hechos"* y con caducidad de 2 años, "contados a partir de la producción del hecho" o del acto si se trata de la acción de definición de competencias.

4. Las relativas a contratos (nulidad absoluta), restablecimiento del derecho, resolución o restitución o terminación del contrato, según el caso, con la correspondiente indemnización de perjuicios o la de revisión del contrato, con agotamiento de la vía gubernativa en unos casos y en otros no, con caducidad de 2 años contados desde la liquidación del contrato de la ocurrencia de los hechos que dan lugar a la controversia, todo conforme a los artículos 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo.

5. Las electorales, contempladas en forma separada de las de nulidad y las de restablecimiento del derecho, en el último inciso del artículo 136, con caducidad de 20 días contados *"a partir del día siguiente a aquél en el que se verifique el acto por medio del cual se declara la elección o se expida el nombramiento"* y que, como lo expresé en otro salvamento de voto, debe entenderse que es cuando la elección o nombramiento no requiere confirmación, pues en este caso debe contarse sólo a partir de ésta, ya que si el nombramiento o la elección no se confirmare, no nace la acción electoral sino una de naturaleza laboral de restablecimiento del derecho que sólo puede ejercer el no confirmado.

Esta acción es fundamentalmente distinta a la de la nulidad, con la cual no tiene más coincidencia que la de ser pública, en cuanto puede ejercerse por cualquier persona, pero con importantes diferencias como las siguientes: Tiene caducidad, en la electoral son demandados el nombrado o todos los elegidos y en tal carácter ha de tenérseles sin que puedan actuar como partes adhesivas, impugnadoras o coadyu-

vantes, mientras que en los de simple nulidad, cualquiera pued coadyuvar o impugnar; en la electoral sólo puede actuar como adyuvantes quienes no fueron elegidos y figuraron en lista legalmente inscritas, mientras que en las de simple nulidad cualquiera puede actuar como adyuvante; con la de nulidad se ataca un acto reglamentario, abstracto y general no creador, por sí solo, de situaciones jurídicas subjetivas o concretas, mientras que en la electoral, se ataca un acto-condición por el cual se coloca a uno o varios individuos dentro de una situación reglamentaria y se crea, para cada uno de ellos, una situación jurídica concreta, en relación con la dignidad, la función, la categoría social, política y económica y un régimen salarial y prestacional determinado, que da lugar a restablecimiento del derecho;

d) En otra oportunidad dijo la Sala Plena de la Corporación:

"El Consejo sostuvo (sentencia del 16 de noviembre de 1970, Sala Plena, Expediente 1533) que en los juicios electorales no hay demandado, ni tampoco 'contraparte', pues el tercero interviene, a título de simple impugnador, no puede ser considerado como parte principal o contraparte. Dado ese raciocinio se concluye que, ante la ausencia de 'contraparte' en tales juicios no sería posible jurídicamente el desplazamiento de la carga probatoria previsto en la hipótesis del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que se comenta. En este orden de ideas sería preciso concluir de manera general y absoluta que el llamado por la ley 'juicio electoral' no sería un proceso, pues es consustancial a esta noción, aquello que Guasp denomina 'dualidad lógico abstracto de partes' que se manifiesta, por un lado, en 'quien pretende y por otro, frente a quien se pretende' (Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1968-3º. Tercera Edición. Tomo I, páginas 170 y 171). El proceso no se concibe sin una pretensión que ha de ser actuada dentro de él, bien para satisfacerla, ya para negarla; la pretensión, a su vez supone un sujeto que la formula y otro frente a quien se formule, luego es consustancial al proceso la dualidad de partes".

"Es incuestionable la dualidad de partes en el contencioso de plena jurisdicción. En el de simple nulidad la doctrina y la jurisprudencia no admitieron inicialmente esa dualidad y le desconocieron a la actuación contencioso administrativa el carácter de proceso, considerándola como el enjuiciamiento de un acto y no de una persona jurídica, pero esta concepción está siendo superada, incluso en Francia, donde alcanzó mayor arraigo. Hoy se considera que cuando la administración dictó el acto pretendidamente ilegal debió hacerlo en función del bien público o del interés general, es decir porque lo consideró provechoso y conveniente en orden a esos fines, de lo cual es imperioso suponer un interés suyo porque se mantenga para seguir cosechando la bondad de sus efectos. A esta realidad no puede ser ajeno el derecho procesal y esa la razón para que en las nuevas orientaciones legislativas, doctrinales y jurisprudenciales, sea cada vez más firme el criterio según el cual, debe existir un cauce procesal para hacer valer ese interés, que no puede ser otro sino el reconocimiento de que en esta modalidad del contencioso la administración asume el papel de parte principal, en calidad de demandada. Naturalmente se trata de una parte con características muy específicas acordes con su natu-

raleza, pues a diferencia de las personas privadas le resulta imperioso e ineludible subordinar siempre su interés de conveniencia pública, por respetable que sea, a los rigurosos dictados de la legalidad; por ello, quien asuma su representación procesal y, particularmente al Agente del Ministerio Público, frente al conflicto entre una y otra, debe inclinarse necesariamente en interés de la ley".

"Si lo anterior se predica del puro contencioso de nulidad, no se advierte razón para no predicar lo propio del llamado contencioso electoral calificado como una modalidad intermedia entre las dos formas clásicas del contencioso administrativo. De todas suertes parece conveniente profundizar un poco sobre la naturaleza de la llamada pretensión electoral para precisar mejor las consecuencias procesales que se derivan de su formulación".

"No obstante que en nuestro Código Contencioso Administrativo no se consagra ninguna diferencia por razón del trámite mismo de los procesos electorales y que la actuación de todas las pretensiones de este tipo debe cumplirse conforme a la ritualidad, común a todos, e indicada en el capítulo correspondiente del Código, la verdad es que esta obra contempla dos modalidades diferentes de pretensiones electorales: Una, cuando la pretendida nulidad se funda en factores o circunstancias objetivas que vician de nulidad el acto declaratorio de la elección y, otra, cuando el vicio radica en alguna condición personal del sujeto. La índole de una y otra pretensión tiene algunas repercusiones procesales, en lo relativo a las reglas de acumulación de procesos; pues la acumulación oficiosa, o por ministerio de la ley, sólo opera cuando se trata de procesos en los cuales la pretensión se vincula a circunstancias o factores objetivos de la elección. Otro tanto ocurre en relación con uno de los elementos del proceso: Las partes".

"Si la pretensión tiene el carácter últimamente indicado, es claro que la pretensión se orienta fundamentalmente frente al órgano de la administración del cual emana el acto electoral, y por lo tanto, la parte demandada es la administración, representada por el Agente del Ministerio Público. Que del nuevo escrutinio o que de la rectificación del mismo se deriven efectos perjudiciales o beneficiosos para otras personas podría ser algo consecuencial, eventual y derivado, de donde algunos deducen que ello no alcanza a atribuirles el carácter de parte principal, como presuntos demandados y que sólo los habilita para intervenir adhesivamente en el proceso, como impugnadores o coadyuvantes. Para otros deben tener el carácter de parte principal, por su especial vinculación que se deriva del acto acusado. No es pertinente definir este punto ahora, pero sí conviene destacar que, de todas suertes se les reconoce el derecho de intervenir en el proceso".

"Si la pretensión está vinculada a condiciones personales del sujeto elegido (ineligibilidad o impedimento —art. 202 del C. C. A.—), entonces la pretensión no sólo se dirige de manera principal frente al órgano administrativo de quien emana el acto, sino frente a la persona misma del elegido, de donde surge un litis consorcio necesario y pasivo. La pretensión plantea, entonces, una situación jurídica procesal 'indivisible e incindible' que es, justamente la fuente de esa modalidad de 'litis consorcio'. Lo anterior se torna evidente si se repara en que la persona elegida es no solamente la persona mejor

calificada para oponerse con las armas más idóneas a la pretensión, sino quizás la única, en tales condiciones. Pudiera decirse que es, por excelencia, el 'legítimo contradictor'. Así las cosas, en esta modalidad del contencioso electoral, la parte demandada presenta, dentro de su unidad sustancial, una pluralidad en la cual, cada uno de sus integrantes tiene el carácter de principal; por consiguiente la intervención del elegido no puede ser la de un simple impugnador voluntario con una intervención puramente adhesiva y accesoria. Es imprescindible darle la oportunidad para que desde un comienzo intervenga en el proceso, notificándole el auto admisorio de la demanda o citándolo para integrar el contradictorio (art. 83 del C. de P. C.). De no procederse así, y de pronunciarse un fallo favorable a la pretensión, sin su participación en el proceso, se incurrirá en quebranto de la misma Constitución Nacional según la cual nadie puede ser vencido sin haber sido oído".

"Las razones que preceden le permiten a la Sala afirmar ahora, que el contencioso electoral es un verdadero proceso al cual concurren dos partes y que, en la modalidad específica del contencioso en el cual se controvierte la elegibilidad de uno de los nombres escrutados o nombrados, la parte demandada se constituye por una pluralidad en la cual cada uno de sus integrantes tiene el carácter de principal. Por consiguiente no parece tener fundamento la conclusión de inaplicabilidad al proceso electoral de la regla sobre el traslado de la carga probatoria en el caso que contempla el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil".

"Se dice en la citada sentencia del 16 de noviembre de 1970 que la presunción de validez del acto electoral, constituye dentro del proceso electoral una prueba que le incumbe desvirtuar al actor, y que ello es una razón de más para concluir en la inaplicabilidad del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. La denominada 'presunción de legalidad' del acto administrativo no es en verdad, una presunción legal en el sentido probatorio que a éste término le atribuyen los artículos 66 del Código Civil y 176 del Código de Procedimiento Civil. Los extremos de la presunción legal son dos hechos ligados por la ley mediante una relación lógica que consiste en inferir del uno la existencia del otro, con la consecuencia de invertir la carga de la prueba en el proceso, pues entonces le incumbe a la parte opuesta a quien se beneficia con la presunción, demostrar lo contrario o, desvirtuar los hechos en que se funda. En cambio en la llamada presunción de legalidad lo que se infiere de la existencia del acto no es un hecho, sino una calificación jurídica de validez para asegurar su ejecutabilidad mientras no se produzca una declaración jurisdiccional que lo invalide. La presunción de legalidad es inocua desde el punto de vista de las reglas atinentes a la carga probatoria en el proceso contencioso administrativo. Estas, a pesar de aquella, se mantienen idénticas: Al actor le incumbe probar los hechos que afirma o niega, no por razón de la presunción de legalidad, sino porque el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil le impone probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que pretende. Si esa presunción no existiera la situación procesal del actor sería la misma".

"Queda, pues, establecido que las especificaciones del proceso electoral contencioso administrativo no lo hacen incompatible con la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y que constituyen, además, principios generales del derecho procesal, aplicables a toda clase de procesos".

"El artículo en referencia prescribe que las afirmaciones y las negaciones indefinidas no requieren prueba, o sea que quien las formula en el proceso no está obligado a comprobarlas, pues la carga correspondiente se traslada a la parte contraria. El fundamento de este traslado reside en la indefinición de lo afirmado o negado, es decir en su falta de determinación por razón de tiempo, modo y espacio, de donde deriva la dificultad para aprobar la prueba por parte de quien afirma o niega y, en cambio la facilidad para el opositor de suministrar la prueba que la contradiga. La dificultad es directamente proporcional al grado de indeterminación y puede llegar hasta la imposibilidad moral de aducir prueba alguna" (*Anales del Consejo de Estado*, Sentencia de abril 1º de 1975. Actor: Julián José Gaviria Amariles. Consejero ponente doctor Carlos Galindo Pinilla);

e) Conforme al artículo 93 del anterior Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional no cabía en los procesos electorales en cambio sí en los de simple nulidad y en los de plena jurisdicción, hoy de restablecimiento del derecho. En el actual estatuto procesal expresamente se prevé esta pretensión cautelar y accesoria en el artículo 66 de la Ley 96 de 1985, por el cual se subroga el 230 del Código Contencioso Administrativo;

f) En los procesos de simple nulidad, no cabe la perención conforme lo prevé el penúltimo inciso del artículo 148 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la impulsión en tales juicios es oficiosa. En cambio, según el artículo 233 del mismo Código, sí cabe la perención, por abandono del demandante, en los juicios electorales, porque en estos procesos la impulsión es mixta, del juez y de las partes;

g) Siendo, pues, distintos los procesos de nulidad y los electorales y estando prevista la extinción de la suspensión provisional, por abandono, para todos los juicios que no sean de nulidad, considero que debe darse aplicación al artículo 156 del Código Contencioso Administrativo en todos los procesos electorales en que se decrete la suspensión provisional.

Bogotá, julio 22 de 1987.

Jorge Valencia Arango.

Nubia González Cerón, Secretaria.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

PROPIEDAD HORIZONTAL.

1. Personalidad jurídica. Constitución (Ley 16 de 1985).

2. Funciones.

3. Administradores y comuneros.

4. Perjuicios en el dueño y en los comuneros. LEGITIMACION EN LA CAUSA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintitrés de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 4936. Apelación Sentencia. Actor: Propiedad Horizontal "El Patio". Demandado: Municipio de Medellín.

I

Agotada la tramitación de ley, 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, dentro del proceso del rubro, el día veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y seis, en virtud de la cual el *a quo* se declaró inhibido para proferir sentencia de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente:

"El Presidente de la propiedad horizontal El Patio, asistido de mandatario idóneo, demanda ante este Tribunal al Municipio de Medellín, para que, previo el trámite del proceso ordinario contencioso, sea declarado responsable de los perjuicios que les fueron causados a los propietarios al autorizar la construcción del edificio Flor Caribe, en el barrio El Poblado, de esta ciudad.

"Pide así mismo que se restablezca en sus derechos a los propietarios 'al disponer que se conserve la destinación especial para parqueadero, que en principio se le dio a la faja que cedió la Urbanizadora Nacional S. A., al Municipio de Medellín, y no se permita el uso en común de este parqueadero a los propietarios del edificio Flor Caribe, ordenando además que por cuenta del Municipio de Medellín, se

proceda a demoler la escalera frontal que da vía de acceso del edificio Flor Caribe al parqueadero de El Patio, y reconstruir las cercas anteriormente existentes, teniendo en cuenta el anterior plano del parqueadero, y conservar los retiros en el mismo edificio de conformidad con la ley municipal vigente; advirtiendo en la sentencia que las demoliciones y las reformas que se disponen, serán hechas por cuenta exclusiva de los fondos comunes del Municipio de Medellín.

" '3. Que subsidiariamente de no sucederse la petición anterior, se declare que la destinación que se dio a un lote de la Urbanizadora Nacional S. A., al cederlo al Municipio de Medellín, se conserve para el fin que se estipuló en la Escritura Pública número 1032 de julio 30 de 1976, debiéndose reconstruir el parqueadero como fue diseñado inicialmente en toda su extensión...'

"Fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

"a) La sociedad Urbanizadora Nacional S. A., adquirió en la comuna del Poblado de la ciudad de Medellín, un lote de terreno en forma irregular el que estuvo incluido en la urbanización conocida con el nombre de 'Patio Bonito Ltda.', lote que está situado en la intersección de la calle 5A con la Avenida el Poblado, cuya compra se hizo por medio de la Escritura Pública número 1350 del 29 de marzo de 1974, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Medellín; en este lote se construyó un edificio de propiedad horizontal, al que se le dio el nombre del edificio El Patio, el cual consta de 16 plantas, dos sótanos para parqueadero de vehículos automotores y otras obras necesarias al edificio. En los pisos superpuestos a los parqueaderos están construidos dos apartamentos por planta, con excepción del piso 15, en donde se encuentran dos construidos en dos niveles, o sea los llamados penhouse, edificio que fue vendido bajo el régimen de propiedad horizontal;

"b) Una vez construido el edificio El Patio, al frente del mismo quedó un sobrante de terreno, al límite con la Avenida el Poblado en el costado oriental y al norte con la calle 5A, comprendido por el sur, con el terreno donde actualmente se construye el edificio 'Flor Caribe', lote que viene a quedar al frente en una de las fachadas del edificio propiedad horizontal El Patio. El terreno en referencia fue cedido en forma gratuita al Municipio de Medellín por la Urbanizadora Nacional S. A., la cual se hizo por Escritura Pública número 1032 de julio 30 de 1976, otorgada en la Notaría Doce del Circuito de Medellín, escritura en la que expresamente se condicionó la cesión del lote a que fuera ocupado con un parqueadero, andenes y zonas verdes. En dicho lote se construyó un parqueadero, una pila ornamental y jardinera, el que se destinó a recibir ocasionalmente los vehículos que llegaran al edificio para que pudieran estacionar transitoriamente, fin, para el cual fue construido el parqueadero a cuyo sostenimiento (sic) atiende únicamente los propietarios del edificio El Patio los que pagan el sueldo del empleado que hace el oficio de vigilancia, cuidado de jardines servicios públicos que requiere, a causa de que el parqueadero sólo venía siendo usado con las personas que algo tienen que ver con el edificio El Patio. No está por demás advertir que el parqueadero

fue construido por la sociedad Urbanizadora Nacional, haciendo todas las obras necesarias para dotarlo en condiciones óptimas para el servicio que iba a prestar;

"c) El Municipio de Medellín, ante el notorio encarecimiento de tierras urbanizables y escases (sic) de vivienda que se viene presentando en la ciudad de Medellín en los últimos años, y considerando que la comuna del Poblado es la única que posee tierras urbanizables, procedió a reglamentar en forma especial ese sector, para lo cual se había facultado al Alcalde por medio de los Acuerdos números 12 de 1968 y 10 de 1970, reglamentación que se hizo en diferentes decretos, en los que se dictan las normas reguladoras de las zonas para el uso de terrenos, se prevén los retiros frontales y laterales (sic) de las edificaciones y los servicios complementarios a las construcciones, como es el parqueadero para visitantes como se le denomina. Además de establecer los índices de ocupación del terreno, las áreas de zonas verdes que se deben dejar, según la lase (sic) de construcciones que se va a hacer, bien sean estas multifamiliares, familiares o mixtas, se determinan las fajas que seben (sic) cederse obligatoria y gratuitamente al Municipio de Medellín, así como las zonas privadas adicionales que deben construirse, según la clase de edificaciones que se proyectan. Más claramente, se trazan los ordenamientos obligatorios a seguir en el futuro de ineludible cumplimiento, para todas las personas que pretendan urbanizar o construir en ese sector, cuya belleza se quiere coservar (sic), exigiendo como es obvio, el requisito de la aprobación de planos, ceñido al cumplimiento de las disposiciones urbanísticas vigentes, al igual para los propietarios como para los urbanizadores, sin poder hacerse concesiones e exensiones (sic) al arbitrio de los funcionarios, como sucedió con el edificio Flor Caribe, al que se le dio un trato especial de privilegio, ajeno al correcto ejercicio de la función pública, al permitirle construir un edificio sin los retiros debidos, ocupando fajas destinadas al uso público;

"d) Al no producirse los retiros ordenados por las normas de urbanismo en la construcción en el edificio Flor Caribe, se desmejoró notoriamente la presentación estética del edificio El Patio, el que perdió panorama y vista en los apartamentos de la parte inferior, por la causa anotada, lo cual conlleva disminución en su valor comercial, ya que no es lo mismo una edificación con un horizonte amplio y abierto como existía, que una mermada notoriamente en su visibilidad y presentación por otra construcción reciente hecha bajo un régimen preferencial y abiertamente injurídico, a la que no se le exigió los retiros previstos en los decretos, lo que sin duda alguna hubiera dado lugar a una mejor presentación estética al conjunto desconociéndose por otra parte el derecho al uso del parqueadero construido con una finalidad específica, el que deberá usar en comunidad con otro edificio que no tiene derecho a él;

"e) Las fotografías que se acompañan a la demanda permiten observar la forma en que se desarrolló la ocupación del parqueadero de visitantes del edificio 'El Patio'. En principio en estas sólo se observa una pequeña escalera lateral arrimada al costado norte sin incurrir en ocupación del parqueadero, luego avanzada ya la construcción, se hizo una segunda escalera grande en frente a la nueva edificación, ocupando terreno del parqueadero y de las zonas verdes

que debían quedar libres, dando acceso directo al mismo, lo que les permitirá descender de la terraza del edificio Flor Caribe al parqueadero; escalera esta última cuya construcción se demoró, ya que sólo vino a realizarse una vez que estaba levantada la torres (sic), muy posiblemente con posterior autorización de Planeación o plano adicional, para evitar reclamos en la creencia equívoca de que ante la construcción de la torre del edificio, tendría aceptación la escalera por parte de los vecinos;

"f) La Junta Directiva del edificio El Patio, por intermedio de su Presidente doctor Juan Manuel Sánchez y de la sociedad administradora del edificio, hicieron saber al Director de Planeación Municipal, los inconvenientes y perjuicios que podría causar la construcción del edificio Flor Caribe al edificio de propiedad horizontal El Patio, en la forma que se proyectaba, cuando se llevaron los sótanos hasta el lindero de los lotes vecinos, sin retiros en las zonas correspondientes, circunstancia que le hacía perder la visión al conjunto del edificio El Patio, debido a que la nueva construcción y la pared del sótano al nivel en que se iban a construir mermarían considerablemente la visión del edificio. No obstante, la adevertencia (sic) oportuna, en dos comunicaciones enviadas, en las que se hacía un planteamiento claro al respecto, al solicitar se estudiarán de nuevo los niveles para la construcción del edificio Flor Caribe, 'para que en el futuro no se vean afectadas por construcciones permanentes que desmerintarían (sic) las propiedades horizontales contiguas', se le dio respuesta en un oficio lacónico, en el que se informa que el edificio Flor Caribe, está situado en la zona de Comercio Especial, y que su proyecto fue aprobado por la honorable Junta de Planeación. No se dio la más mínima trancendencia (sic) a la sugerencia hecha en forma muy razonable por el distinguido ingeniero, el que por lo menos tenía derecho en su calidad de Presidente de la Junta de El Patio, al recibir una explicación de la absurda determinación tomada, que como antes lo expresé, se marginaba de la legalidad, al no someter los planos a los reglamentos dictados por el Alcalde de Medellín, en materia de retiro, los que estaban vigentes a la fecha en que se presentaron los del edificio Flor Caribe..."

Fundamentos de derecho. Posición de la parte demandada. Concepto fiscal:

"El actor estima aplicables al caso los artículos 30 de la Constitución Nacional y 198 del Código de Régimen Político y Municipal y los Decretos municipales 459 de 1977, 583 de 1977 y 145 de 1979. Hace luego hincapié en el alcance de instituciones tales como las de la propiedad y los derechos adquiridos y se extiende en comentarios sobre los estatutos locales atinentes a urbanismo y construcción de edificios y su violación por el ente demandado.

"La apoderada del Municipio plantea tres cuestiones diferentes en su alegato de conclusiones: a) La no comparecencia al proceso de los demás propietarios: Sólo lo hizo uno de ellos, el demandante Juan Manuel Sánchez; b) La caducidad de la acción, porque no se trata de un hecho o una operación administrativa, sino de un acto, que debía impugnarse en un plazo de 4 meses; c) La inexistencia de los perjuicios alegados.

"La fiscalía no emitió concepto de fondo.

"Consideraciones del Tribunal:

"1. Como la propiedad horizontal no es un ente dotado de personería jurídica, apto, en consecuencia, para comparecer en juicio como demandante o demandado, el Magistrado sustanciador ordenó poner la causal de nulidad en conocimiento de los propietarios que no habían otorgado poder, para que procedieran a sanearla de conformidad con lo que estatuye el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil. Hechas las notificaciones correspondientes, los mencionados dueños manifestaron expresamente que daban por saneada la nulidad existente y pedían que se continuara el trámite del negocio.

"En atención a lo anterior, el Tribunal reconoció personería al apoderado que ha venido actuando en el proceso, para representar a los demandantes que a continuación se determinan: Iván Ospina Restrepo, Rubén Steinmann S., Nancy Latimore Robbin, Rafael Montoya G., Guillermo Vayda Berger, Elisa Shulman de Vayda, Javier Franco Múnera, Beatriz Gaviria de Franco, María Teresa Toro G., Gustavo Toro Quintero, Nevin Herón, Juan Pastrana, Luis Fernando Espinal M., Manuel Sánchez M., Norela Franco de Sánchez, Luz Soto de Molina, Olga Hnicapié de M. y María Teresa Angel de R.

"No fueron reconocidos los poderes conferidos por Isabel Angel Villa y María Cristina Uribe de Arango, por no haber hecho, la primera, presentación personal del mismo y no haber acreditado la segunda la calidad con que se presentó en el proceso.

"2. La acción que ejercitan los actores es la prevista en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, que permitía impetrar también el restablecimiento del derecho 'cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa...', en cuyo caso no era necesario utilizar la acción de nulidad, 'sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes'.

"Parten, pues, los actores del supuesto de que la causa del daño que pregonan fue un *hecho* o una *operación material* del Municipio de Medellín. De ahí que hayan expresado en la demanda que se encontraban dentro del término previsto para proponer la acción, 'cuya prescripción es de tres años, que deben contarse a partir de la última actuación sucedida, o sea desde el mes de enero del presente año, cuando se empezó a construir la escalera del edificio Flor Caribe...' Los demandantes hacen referencia, como es obvio, a las normas sobre caducidad existentes antes del Decreto 01 de 1984.

"3. La Sala estima que el anterior aserto no corresponde a la realidad. En efecto:

"a) La doctrina predominante coincide en definir los hechos de la Administración como el resultado 'de la *acción administrativa*, pero sin el propósito de producir las consecuencias jurídicas que derivan ...Los hechos voluntarios pueden ser cumplidos en ejecución directa e inmediata de un acto administrativo o con independencia de todo acto anterior...' Tratado de Derecho Administrativo. Enrique Sayagués Laso. Tomo I, página 582.

"Sobre las operaciones materiales del Estado sostiene la misma doctrina: 'A diferencia de las otras funciones jurídicas estatales, que se agotan con la sola formulación de actos jurídicos, la función administrativa requiere en múltiples aspectos el *accionamiento material* de los órganos de administración. Este elemento de ejecución es fundamental en la función administrativa...' (Obra citada, página 382). (Estas y las demás subrayas son del Tribunal);

"b) Por su parte, el artículo 83 del Decreto 01 de 1984 describe así los hechos y las operaciones administrativas: 'Son hechos administrativos los *acontecimientos* y las *omisiones* capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato *la voluntad o la inteligencia...*";

"c) ¿Cuál fue la causa del daño que predican los actores? Los demandantes la indican claramente en su libelo: 'Que se condene al Municipio de Medellín a pagar a los propietarios del edificio de propiedad horizontal El Patio, los perjuicios de todo orden que les causaron *por haber aprobado la construcción del edificio Flor Caribe,* en la comuna del Poblado de esta ciudad...'

"Se tiene, pues, que los supuestos perjuicios provienen de haber sido *aprobada* la construcción del edificio Flor Caribe por parte de las autoridades del Municipio de Medellín;

"d) La pregunta a formularse es entonces esta: La aprobación de que se trata implica la expedición de un acto, o corresponde a un hecho o una operación material, como lo creen los actores?

"Veamos:

"Los hechos y las operaciones connotan ejecución, acción, acontecimiento, operación material '...Los hechos, dice Manuel María Díez en su Manual de Derecho Administrativo, Tomo 1, página 169, comportan un evento...Si el acontecimiento se produce según leyes de la naturaleza, tenemos un hecho natural. Cuando el acontecimiento consiste en la conducta de cierta persona, sea que se trate de una *acción* o de una abstención dependiente o no de su voluntad, tendremos un hecho humano que también podrá ser voluntario...' O como lo expresa muy gráficamente el citado Decreto 01: 'Los hechos son los *acontecimientos* y las *omisiones* capaces de producir efectos jurídicos...'

"La aprobación de una construcción, en cambio, es una típica actividad de la inteligencia y la voluntad. 'Es la declaración unilateral y concreta del Organo Ejecutivo que produce efectos jurídicos', anota el profesor Díez en su obra citada. 'O son las *conductas* y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la *voluntad* o la *inteligencia...*' Decreto 01 de 1984, artículo 83.

"El hecho es, en síntesis, un *acontecimiento* surgido de la naturaleza o del hombre; el acto es, en síntesis, una *declaración* emanada de la inteligencia del mismo hombre;

"e) Tal como se indicó antes, los perjuicios provienen, según los actores, de la *aprobación* que los funcionarios del Municipio dieron

a la construcción del edificio Flor Caribe. Tal *aprobación* es, de acuerdo con lo expuesto, una declaración, un acto que dicta la inteligencia del hombre, luego de estudiar los planos o los documentos que fueron presentados.

"No es, pues, un *acontecimiento*, un evento ajeno a la voluntad y la inteligencia del ser humano.

"4. La exposición precedente da lugar a una clara conclusión: El daño que pregonan los actores no puede provenir de un hecho sino de un acto administrativo. Y a una obvia consecuencia: Que la acción a seguir no era la de reparación directa que consagraba el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, sino la de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 67 de la misma ley.

"Se configuran, pues, en este caso una ineptitud sustantiva de la demanda, por haberse ejercitado una acción improcedente.

"5. Es posible que el acto de aprobación adolezca de defectos en su concepción, como suele ocurrir en los que expiden algunas entidades públicas, esto es, que no exprese los recursos que cabían contra él y el tiempo hábil para interponerlos, o que no haya sido notificado a los interesados, etc. Pero a los actores correspondía demostrar esos hechos y hacer uso de las acciones contempladas en tales casos, y no lo hicieron; optaron más bien por acudir a una vía inadecuada.

"6. Los demandantes piden también que se restablezca 'en el derecho a los propietarios del edificio de propiedad horizontal El Patio, al disponer que se conserve la destinación especial para parqueadero, que en principio se le dio a la faja que cedió la Urbanizadora Nacional S. A. al Municipio de Medellín, y no se permita el uso en común de este parqueadero a los propietarios del edificio Flor Caribe...'

"Surge aquí otro problema de orden procesal.

"Los propietarios del edificio El Patio, es decir los demandantes, carecen de legitimación en causa para pedir semejante declaración por parte del Tribunal. Sólo las personas que hicieron la cesión del lote al Municipio, esto es, la Urbanizadora Nacional o sus sucesores pueden demandar la resolución o el cumplimiento del contrato respectivo y no ante esta jurisdicción, sino ante los jueces civiles, que son los competentes para resolver todas las cuestiones atinentes al dominio y la posesión de los bienes inmuebles.

"Los actores piden también que se ordene al Municipio que proceda a 'demoler la escalera frontal que da a la vía de acceso al edificio Flor Caribe al parqueadero de El Patio, y reconstruir las cercas anteriormente existentes'. Esta petición no debió haberse formulado aquí es consecuencial de la primera y es claro que la afecta inevitablemente la ineptitud sustantiva de que se habló antes, por el equivocado escogimiento de la acción.

"La declaración que se invoca como subsidiaria de la anterior: '3. Que subsidiariamente de no sucederse la petición anterior, se declare que la destinación especial que se le dio a un lote de la Urbanizadora Nacional S. A., al cederlo al Municipio de Medellín, se

conserve para el fin que se estipuló en la Escritura Pública número 1032 de julio 30 de 1976, debiéndose reconstruir el parqueadero, como fue diseñado inicialmente en toda su extensión...', es, en el fondo, la misma segunda pretensión. Pero de todas maneras es evidente que ha quedado sin sustento de acuerdo con lo que se dijo sobre la pretensión principal.

"7. Se tiene entonces, en conclusión que la demanda es inepta por dos razones: a) Porque la acción ejercitada no era la pertinente, y b) Porque se incurrió en una indebida acumulación de pretensiones. Los dos defectos en cuestión imponen un fallo inhibitorio.

"Correspondió al suscrito la elaboración de esta ponencia porque la Sala no compartió la que presentó el Magistrado Mario Vélez Atehortúa.

"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:

"Declárase inhibido para proferir sentencia de fondo, por ser la demanda sustantivamente inepta".

II

Sustentación del recurso:

A folios 340 y siguiente del cuaderno número 1 aparece el escrito en que el apoderado de la parte demandante sustenta el recurso y en el cual se hacen valoraciones de orden fáctico y jurídico. En lo pertinente del mismo se lee:

"Oportunamente propuse el recurso de apelación contra la sentencia dictada en el proceso de la referencia, el cual fue concedido y procedo a sustentarlo en la oportunidad procesal que el Código señala.

"La sentencia del Tribunal como la casi totalidad de las proferidas por el Magistrado que actúa como autor de la ponencia, término con un fallo inhibitorio, producto de la especialización sobre las acciones, que se interpretan en forma abstracta para efectos de revelar conocimientos muy profundos en materia procesal, apartándose de la realidad del proceso muy diferente al enfoque que se hace por el fallador, como lo acreditan diferentes hechos y aspectos jurídicos planteados en la demanda.

"Un viejo jurista antioqueño, batallador y digno del apodo con que se le conocía, 'el macho Alvarez', llevó a los viejos códigos procesales un principio tutelar que debía figurar en el pórtico de los despachos judiciales y en el sitial de todo Juez.

"En una reunión con algunos de los juristas y Consejeros de Estado que vinieron a explicar el alcance del nuevo Código Contencioso Administrativo, producto en parte de las 'alegres noches navideñas' como lo llamó el doctor Arango Henao, le comenté al doctor Mora Osejo, las dudas y peligros que entrañaba los términos emplea-

dos en el artículo 183, al referirse a los efectos jurídicos en cuya realización influyen de modo directo o inmediato la voluntad y la inteligencia, terminología que daría lugar a que algunos de sus exégetas, hicieran del derecho una ciencia escolástica, para sacrificarlo en aras de lo que en principio parece un poco confuso pero no lo es.

"Aun cuando el proceso se inició en vigencia del anterior Código Administrativo, sirve en parte de sustento al fallo, como criterio interpretativo, la teoría en la que se sustentan los artículos 83 y 86 del actual Código Contencioso Administrativo; en lo relativos a la diferenciación entre actos y hechos, para efecto de procurar dilucidar, si la actuación administrativa que se sucedió fue un acto o un hecho administrativo, sirviendo de sustento al fallo la solicitud que se hace en la demanda: De que se condene al Municipio de Medellín a pagar a los propietarios del edificio propiedad horizontal El Patio, los perjuicios de todo orden que se les causaron por haber aprobado la construcción del edificio Flor Caribe, en la comuna de El Poblado de esta ciudad.

"Aun cuando la solicitud es genérica en lo que se refiere a los perjuicios de todo orden, el fallador se apega exclusivamente a los términos que se emplean, de haber sido aprobada la construcción del edificio Flor Caribe, lo que según el criterio del fallador, excluye la acción de reparación directa.

"Según la sentencia la 'aprobación' presupone necesariamente actuación escrita o sea resolución que debió sucederse aun cuando no la hubo, la que según criterios del fallador de primera instancia debía ser materia de acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho como la denomina el actual Código Contencioso Administrativo, circunstancia esta que los lleva a declararse inhibidos para proferir sentencia de fondo, por ser la demanda sustantivamente inepta.

"En los hechos y parte del concepto de violación, se explica suficientemente cómo se sucedió la autorización para construir el edificio Flor Caribe y cuáles son los fundamentos jurídicos en concreto en que se apoya la demanda, para solicitar la indemnización cuyos apartes pertinentes me permito transcribir:

"*Hechos:*

"e) Las fotografías que se acompañan a la demanda permiten observar la forma en que se desarrolló la ocupación del parqueadero de visitantes del edificio 'El Patio'. En principio en estas sólo se observa una pequeña escalera lateral arrimada al costado norte, sin incurrir en ocupación del parqueadero, luego avanzada ya la construcción, se hizo una segunda escalera grande en frente a la nueva edificación, ocupando terreno del parqueadero y de las zonas verdes que debían quedar libres, dando acceso directo al mismo, lo que les permitirá descender de la terraza del edificio Flor Caribe al parqueadero; escalera esta última cuya construcción se demoró, ya que sólo vino a realizarse una vez que estaba levantada la torre, muy posiblemente con posterior autorización de Planeación o plano adicional,

para evitar reclamos en la creencia equívoca de que ante la construcción de la torre del edificio, tendría aceptación la escalera por parte de los vecinos;

"f) La Junta Directiva del edificio El Patio, por intermedio de su Presidente doctor Juan Manuel Sánchez y de la sociedad administradora del edificio, hicieron saber al Director de Planeación Municipal, los inconvenientes y perjuicios que podría causar la construcción del edificio Flor Caribe al edificio de propiedad horizontal El Patio, en la forma que se proyectaba, cuando se llevaron los sótanos hasta el lindero de los lotes vecinos, sin retiros en las zonas correspondientes, circunstancia que le hacía perder la visión al conjunto del edificio El Patio, debido a que la nueva construcción y la pared del sótano al nivel en que se iban a construir mermarían considerablemente la visión del edificio. No obstante, la advertencia oportuna, en dos comunicaciones enviadas, en las que se hacía un planteamiento claro al respecto, al solicitar se estudiaran de nuevo los niveles para la construcción del edificio Flor Caribe, 'para que en el futuro no se vean afectadas por construcciones permanentes que desmeritarían las propiedades horizontales contiguas', se le dio respuesta en un oficio lacónico, en el que se informa que el edificio Flor Caribe, está situado en la Zona del Comercio Especial, y que su proyecto fue aprobado por la honorable Junta de Planeación.

"No se dio la más mínima trascendencia a la sugerencia hecha en forma muy razonable por el distinguido ingeniero, el que por lo menos tenía derecho en su calidad de Presidente de la Junta de El Patio, al recibir una explicación de la absurda determinación tomada, que como antes lo expresé, se marginaba de la legalidad, al no someter los planos a los reglamentos dictados por el Alcalde de Medellín, en materia de retiros, los que estaban vigentes a la fecha en que se presentaron los del edificio Flor Caribe.

"Normas violadas y concepto de violación:

"La administración pública debe estricta sumisión al derecho, en el más amplio sentido del término, debiendo acatar en sus ordenamientos no sólo lo estatuido en la norma superior sino la que ella misma formula en ejercicio de su poder reglamentario, como muy bien lo anota Hauriou: Viene a constituir un principio de 'autoeliminación', inspirada por el interés público, el que guía necesariamente su actuación, pues si se aparta de este fin, vicia el acto administrativo con el fenómeno de desviación de poder, que lo configura, el apartarse de la legalidad, no sólo en la actuación legal formal, sino también al contrariar la finalidad de la norma, al desatenderse de sus preceptos como si no existieran, para determinados casos que no requieren actuación escrita, debido a que se perfecciona con un simple sello a unos planos, el que presupone un proceso de legalidad, o sea que quien los elaboró debió tener en cuenta las normaciones vigentes sobre edificaciones, sin poder desatenderse el funcionario al cumplimiento de los requisitos, que necesariamente debían observarse en materia de urbanismo en el proyecto de construcción, las que están preestablecidas en una norma general para todas las personas, cuya observancia no sólo obliga al proyectista, sino también y con mayor

razón a los funcionarios al servicio de la entidad pública, los que deben acatar sus disposiciones y hacer que necesariamente se cumplan, en virtud del principio de legalidad, que le circunscribe el campo de su actuación y les limita su arbitrio, debido a que la simple colocación del sello de aprobación, hace presumir conformidad de los planos a los ordenamientos jurídicos vigentes.

"La aprobación que se sucede de los planos o proyectos de urbanización, sólo viene a tener operancia en cuanto a los derechos de terceros, en el desarrollo de los planos, cuando objetivamente les permiten valorar, si el proyecto se somete a los ordenamientos municipales preexistentes o se apartó de estos.

"Lo anteriormente transcrito permite concluir que se está ante una serie de actuaciones no escritas formalizadas con la postura de un sello de aprobación a unos planos, sin notificación alguna de lo allí dispuesto y sin hacer conocer siquiera los recursos procedentes por la vía gubernativa, lo que le quita hasta la simple apariencia de resolución y hace viable la acción propuesta, o sea la contemplada en el artículo 32, numeral 2º, literal f) del Decreto 528 de 1964.

"La tesis del Magistrado que salvó el voto, considero sea la más jurídica y equitativa, ya que está acorde con los planteamientos de la demanda y las pruebas que se sucedieron en el proceso, Magistrado al que caracteriza su ecuanimidad y recto criterio.

"Al abogado demandante sólo le queda una sabia enseñanza que aprendió muy joven de Carnelutti: 'Hay que perder para aprender a triunfar y hay que haber visto pisoteado el derecho propio o el de otro para sentir crecer en el alma la certeza de aquellas supremas leyes éticas, en comparación con las cuales la omnipotencia del derecho parece una miserable ilusión' (Metodología del Derecho, página 55)".

III

Vista fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza rindió su concepto de ley, el cual aparece a folios 350 y siguientes del cuaderno número uno. En él se lee:

"La demanda adolece de precisión y claridad, es así como en la primera de las *solicitudes* están comprendidos los siguientes hechos u omisiones para reclamar:

"1. Haber aprobado la construcción del edificio 'Flor Caribe' sin exigirle el cumplimiento de las normas municipales sobre urbanismo y construcción.

"2. No exigir el cumplimiento de las normas sobre urbanismo y construcción.

"3. Haber autorizado el acceso al parqueadero para visitas.

"4. Por ocupación parcial del parqueadero de visitas con la construcción de una escalera.

"5. No exigirle al nuevo edificio Flor Caribe los retiros laterales que ordena la ley.

"6. Permitir que sobre un terreno de uso público se construyera una escalera.

"Para el fallador de instancia los demandantes han debido acusar el acto administrativo aprobatorio de la construcción ya que ese fue el cargo planteado en la demanda. Lo anterior a juicio de este despacho es relativamente cierto, si se considera que el actor no solamente formuló ese cargo, sino que relaciona otros hechos que a su juicio constituyen violación de la ley.

"Sin perder de vista lo que suele ocurrir en la práctica y lo que sucedió en el presente caso, los trámites administrativos de aprobación de planos o licencias de construcción en la mayoría de los casos culmina con un sello que se coloca en la oficina encargada de realizar el estudio de la documentación; acto este que adolece de las formalidades y de los formatos externos a que estamos acostumbrados, pero que contiene una decisión del ente de la administración. Estas clases de licencias, pasan desapercibidas para cualquier persona distinta a aquella que presentó la solicitud, así pues que resulta un imposible para cualquier tercero enterarse de la decisión administrativa. Así pues que partiendo de la base que en derecho no se deben propiciar situaciones contrarias a la sana lógica y a la razón, este despacho considera que en el presente caso no era procedente exigir que se demandara la aprobación de la construcción, como lo hizo el Tribunal en la sentencia recurrida. Considerando lo anterior, no es posible afimrar que la acción estuvo mal escogida.

"Teniendo en cuenta algunas de las peticiones que hacen los actores, tendientes a que se les restablezca en su derecho, el Tribunal considera que se incurrió en indebida acumulación de pretensiones.

"Si leemos con cuidado la demanda y si tenemos en cuenta los hechos y omisiones contenidos en ella y que este despacho destacó y ordenó, encontramos que en resumen se demandó al Municipio por no haber aplicado las normas vigentes en materia de urbanismo y construcción. Así las cosas, este despacho considera que esta jurisdicción es competente para decidir el asunto planteado, sin que necesariamente se tenga que acceder a todas las peticiones formuladas en la demanda y que fueron hechas a manera de restablecimiento del derecho.

"Ahora bien, analizada la prueba que se allegó al expediente, se observa que los planos que la sociedad constructora del edificio Flor Caribe sometió a la aprobación del Municipio, se ajustaron a las normas vigentes en esa época en materia de urbanismo y construcción. Así se deduce del dictamen pericial que aparece en el cuaderno anexo del expediente.

"Si en la ejecución de esos planos y al llevarse a cabo la construcción de la obra, la firma constructora no cumplió o no se ciñó a lo estipulado en los planos, es cuestión que atañe enteramente con la responsabilidad de la constructora y no con el Municipio, más aún si fue la obra la que acarreó los supuestos perjuicios.

"Los demandantes pues, no lograron probar que el Municipio haya omitido dar aplicación a las normas vigentes en materia de urbanismo, cuando impartió la aprobación de la licencia de construcción del edificio Flor Caribe, o cuando aprobó posteriormente la modificación de los planos.

"Por lo expuesto, este despacho considera, que en el presente caso deben negarse las súplicas de la demanda. En consecuencia se permite solicitar a la honorable Sala se revoque la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda".

IV

Consideraciones de la Sala:

A) La demanda que dio origen al presente proceso fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el día diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982), esto es, cuando la Ley 182 de 1948, que regla aspectos relacionados con el régimen de la propiedad de pisos y departamentos en un mismo edificio, no había sido reformada dentro del nuevo marco que le introdujo la Ley 16 de 1985. Ello explica que para ese entonces, y como lo afirma muy bien el apoderado del Municipio de Medellín, en los planteamientos que hace en el memorial visible al folio 150 del cuaderno número 1, no se hubiese definido la naturaleza jurídica de ese "ente", ni tampoco lo relacionado con la representación legal de los mismos. Sólo en el artículo 11 de la referida ley se establece que: "Los propietarios de los diversos pisos o departamentos en que se divide un edificio *podrán constituir una sociedad que tenga a su cargo la administración del mismo. No constituyendo sociedad deberán redactar un reglamento de copropiedad* que precise los derechos y obligaciones recíprocas de los copropietarios, el cual deberá ser acordado por la unanimidad de los interesados.

"El reglamento de copropiedad deberá ser reducido a escritura pública, e inscrito simultáneamente con los títulos de dominio y plano del edificio. Dicho reglamento tendrá fuerza obligatoria respecto de los treceros adquirientes a cualquier título";

B) La Ley 16 de ocho (8) de enero de 1985, en su artículo 3º hizo luz sobre aspecto tan importante, como es el relacionado con la personalidad jurídica, al consagrar, por primera vez en el ordenamiento positivo colombiano, que "la propiedad horizontal una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los propietarios de los bienes de dominio particular o exclusivo individualmente considerados. Esta persona, que no tendrá ánimo de lucro, deberá cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal, administrar correcta y eficazmente los bienes de uso o servicio común y en general ejercer la dirección, administración y manejo de los intereses comunes de los propietarios del inmueble en relación con el mismo".

A su turno, el artículo 10 de la referida ley dispuso:

"Esta ley sólo se aplicará respecto de aquellos inmuebles que, conforme con la voluntad de su propietario o propietarios, se sometan expresamente a ella. También podrán el propietario y propietarios optar por someterlos exclusivamente al régimen de la Ley 182 de 1948, indicándolo así en el respectivo reglamento.

"Los inmuebles sujetos al actual régimen de propiedad horizontal continuarán rigiéndose por la Ley 182 de 1948, pero podrán, si lo prefieren sus propietarios, acogerse a las disposiciones de esta ley, previa la reforma del reglamento y el cumplimiento de las diligencias aquí ordenadas.

"Parágrafo. Los administradores de que trata la Ley 182 de 1948, cuando los inmuebles estén sometidos exclusivamente a este régimen, *tendrán las facultades que el Código Civil establece para las grandes comunidades, especialmente las contempladas por la Ley 95 de 1890 y en cuanto a personería se regirán por lo dispuesto en el artículo 22 de dicha ley*" (Subrayado de la Sala).

La Ley 95 de 1890, en su artículo 22, preceptúa:

"El administrador de una comunidad, nombrado con arreglo a las disposiciones anteriores, tiene la personería de ella.

"Esto no impide que cada comunero represente como parte y sea tenido como tal para lo relativo a su derecho: Pero si después de representado un comunero, dejare de estar a derecho en el lugar del juicio, éste continuará con las otras partes y surtirá sus efectos como si tal comunero no se hubiere hecho parte";

C) La realidad apriorística que se deja descrita permite al *ad quem* llegar a la conclusión de que en el *sub lite* la parte actora que entabló la acción, no acreditó tener la capacidad procesal o *"legitimatio ad processum"*, lo que constituye un impedimento procesal que necesariamente lleva a una decisión inhibitoria, como la proferida por el *a quo*, aunque con diversa motivación como pasa a explicarse. En efecto: El apoderado de la parte demandante, al incoar la acción, lo hizo con apoyo en el poder que el señor Juan Manuel Sánchez le confirió en su calidad de Presidente de la Junta Directiva del edificio propiedad horizontal El Patio, pero no se ocupó de demostrar tal calidad. No obra dentro del informativo el Acta que acredite que el referido poderdante sea el Presidente del referido organismo; ni la que pruebe que los integrantes de la misma se hubiesen reunido para tomar determinación alguna. El sentenciador ignora quiénes constituyen la referida entidad y desconoce igualmente, si los propietarios de los diversos pisos o departamentos, en que se divide el edificio, constituyeron o no la sociedad de que trata el artículo 11 de la Ley 182 de 1948.

Al folio 66 del cuaderno número 1 aparece una constancia suscrita por la señora Cecilia Faciolince de Abad, en la cual textualmente se lee:

"En mi carácter de representante de la Sociedad Abad Faciolince Ltda., administradora del edificio propiedad horizontal El Patio, hago constar: Que en la reunión de la honorable Junta Directiva del edificio propiedad horizontal El Patio, realizada el día cuatro de noviembre

de mil novecientos ochenta y uno, se autorizó al Presidente de la honorable Junta Directiva doctor Juan Manuel Sánchez, para contratar los servicios profesionales del doctor Jhon Quijano A., para instaurar un juicio ante la jurisdicción contencioso administrativa contra el Municipio de Medellín, para hacer efectivos los perjuicios ocasionados por la construcción del edificio Flor Caribe y hacer volver las cosas como estaban en el parqueadero antes de emprender la construcción del nuevo edificio.

"Advierto que la personería para designar apoderado, reside en la honorable Junta Directiva del edificio de propiedad horizontal El Patio, la que ha autorizado expresamente al doctor Juan Manuel Sánchez, para otorgar poder para el fin que antes se anotó.

"Cecilia Faciolince de Abad. C. de C. Nº 21302217".

Aunque a folios 145 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto de la declaración rendida por la señora Faciolince de Abad, tampoco se demostró que ella fuese en puridad de verdad la representante de la Sociedad Abad Faciolince Ltda., ni la existencia de esta persona jurídica, ni del contrato de administración en virtud del cual la referida firma tomó bajo su dirección tal tarea. Pero es más: En la audiencia en que se recepcionó el referido testimonio se preguntó a la declarante sobre aspectos muy diversos de los que se enlistan en la *causa petendi*, pero no se la invitó a reconocer el documento privado que obra a folio 66 del cuaderno número 1, en antes transcrito, el cual no podrá apreciarse por el sentenciador como auténtico, pues no se reúnen los requisitos exigidos para tal fin por los artículos 252 y 277 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, y para completar el tablero de omisiones probatorios, baste agregar que la existencia y personería de un centro de imputación jurídica no se demuestra ni con indicios, ni con declaraciones, ni con constancias expedidas por terceros, sino con los certificados de rigor exigidos por la ley. La situación que se deja transcrita llevó al Magistrado sustanciador a proferir la providencia que aparece el folio 158 del cuaderno número 1, en la cual se hacen algunas consideraciones sobre el alcance de la Ley 182 de 1948, en sus artículos 2º y 4º, para llegar a la conclusión de que: "...en el régimen de propiedad horizontal se tiene la condición de dueño exclusivo del piso y comunero en los bienes afectados.

"Esta dualidad —agrega— impone que cuando el perjuicio afecta al propietario en sus dos condiciones, esto es, como propietario y comunero, *se deba para efectos de ligitimarse en la causa por activa, dar poder para que se actúe a nombre propio y en el de la comunidad*". Con apoyo en estas valoraciones jurídicas dispuso que se pusiera en "...*conocimiento de la parte demandante lo anterior para su posible saneamiento...*", incurriendo en el error de ver parte demandante donde en puridad de verdad no la había, pues la persona natural que confirió el poder para accionar, nada podía sanear, pues ni siquiera actuó como agente oficioso;

D) La determinación del Magistrado sustanciador dio lugar a que los señorse Iván Ospina Restrepo, Rubén Steinmann S., Nancy Latimore Robbin, Rafael Montoya, Guillermo Vayda Berger, María Teresa Toro G., Juan Pastrana, Luis Fernando Espinel, Juan Manuel

Sánchez M. y Norela Franco de Sánchez, Luz Soto de Molina, María Cristina Uribe de Arango, Isabel Villa y María Teresa Angel de R.; confirieran poder al mismo mandatario judicial que inició el proceso, invocando su calidad de propietarios y comuneros de apartamentos y áreas comunes en el edificio "El Patio", y haciendo la declaración expresa en el sentido de solicitar que: "...se declare allanada la nulidad y válida toda la actuación...", en lo que a cada propietario interesado respecta.

Para acreditar su *legitimatio ad causam*, cada uno de ellos aportó fotocopia de la correspondiente escritura pública, aunque muchas de ellas no fueron autenticadas en la forma establecida por la ley. Así las números 1743 de 23 de agosto de mil novecientos setenta y siete; 2733 de 31 de agosto de mil novecientos ochenta y dos; 244 de 29 de marzo de 1984; 2359 de 23 de diciembre de 1976 y 2887 de 30 de diciembre de 1977, en todas las cuales aparece simplemente un sello que se limita a indicar: "Notaría Diecisiete. Doy fe que esta copia es reproducción de otra copia de la cual fue tomada", sin que el sentenciador sepa si a su vez ésta estaba autenticada o no. La Sala ha sido reiterativa en el sentido de que para que ellas puedan apreciarse, con el mismo valor del original, es indispensable que se compulsen de él o de copia auténtica, como lo dispone el artículo 254, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil.

A la realidad anterior se agrega el hecho de que el demandante olvidó acreditar la suficiencia de los respectivos títulos, pues no acompañó el correspondiente certificado de tradición, lo que lleva al sentenciador a la verdad jurídica de que no se probó el derecho de dominio individual, ni el que toca con la comunidad, invocada por los demandantes.

Respecto del grupo de personas que se enlistaron al comienzo de este aparte de la sentencia, cabe predicar que no probaron su legitimación en la causa lo cual conduce también a una decisión inhibitoria;

E) Para darle fuerza de convicción al fallo la Sala recuerda que el dos de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), cuando el Magistrado sustanciador ordenó poner en conocimiento de la parte demandante la causal de nulidad que analiza en su proveído, ya estaba vigente la Ley 16 de 1985, que en su artículo 10 definió que los administradores de que trata la Ley 182 de 1948, cuando los inmuebles estén sometidos exclusivamente a este régimen, tienen la personería de la comunidad, como lo manda el artículo 22 de la Ley 95 de 1890. Si los presuntos propietarios hubiesen hecho uso de ese mandato, o de la opción de que trata el inciso segundo de la Ley 16 de 1985, para acogerse a su normatividad, previa la reforma del reglamento y el cumplimiento de las diligencias en ellas ordenadas, habrían permitido el nacimiento de la persona jurídica de que trata el artículo tercero de la misma, obviando así buena parte de los obstáculos procesales que surgieron desde el momento mismo en que se presentó la demanda por quien no estaba legitimado para ello;

F) Definido que al inicio del proceso hizo falta "la *legitimatio ad processum*" en el demandante y que los presuntos propietarios, que intervinieron después, no acreditaron su legitimación en la causa, no

es necesario hacer consideraciones sobre si la causa del daño fue un *hecho, una operación material o un acto administrativo,* perspectiva jurídica desde la cual el sentenciador de instancia analizó las circunstancias legales, generales y particulares del caso, para llegar también a la conclusión de que el fallo debe ser inhibitorio.

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 impugnada con apoyo en las consideraciones que se hicieron en la parte motiva del presente proveído.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y devuélvase el expediente 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.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL. ROMPIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS.

Concepto. PERJUICIOS MORALES: "PRETIUM DOLORIS" *(caso* sub júdice*). "...De allí que con estos perjuicios morales se busque no mitigar el dolor por la destrucción de su casa de habitación, sino por el EFECTO EMOCIONAL QUE PRODUJO en sus vidas la ACCION REPRESIVA DE LA AUTORIDAD PUBLICA..." Es necesario que el impacto emocional sea permanente. PERJUICIOS MATERIALES POR "DAÑO" EN INMUEBLES. VALOR DE LAS REPARACIONES. Fórmula.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4983. Indemnizaciones. Actor: Tiberio Restrepo Alvarez y otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 8 de agosto de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Mediante ese proveído, el *a quo* dispuso:

"*Primero:* Declárase a la Nación administrativamente responsable de los daños y perjuicios ocasionados al señor Tiberio Restrepo Alvarez con la destrucción de la residencia ubicada en la calle 44E, número 99-30, de esta ciudad, en el curso de operativo realizado por 'Comando Antiextorsión y Secuestro, CAES' al amanecer del 7 de diciembre de 1981.

"*Segundo:* Como consecuencia, condénase a la Nación —Ejército Nacional— a pagar al señor Tiberio Restrepo Alvarez la suma de un millón ciento cuarenta y cuarto mil seiscientos cuarenta pesos moneda legal ($ 1.144.640.00) como indemnización por perjuicios materiales; ($ 1.129.640.00) por daño emergente; $ 15.000.00 por lucro cesante.

"*Tercero:* La Nación —Ejército Nacional— dará cumplimiento a este fallo dentro del término señalado en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984.

"*Cuarto:* No se condena al pago de perjuicios morales".

En su libelo inicial la parte demandante había solicitado:

"1. La Nación se responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a mis procuradores con la destrucción parcial de la casa de la calle 44E número 99-30-51 y otras molestias a sus moradores en el curso de un operativo del 'CAES' realizado en Medellín al amanecer del 7 de diciembre de 1981.

"1.1. Condénase a la Nación a pagar:

"A. A Tiberio Restrepo Alvarez.

"1.2. Daños y perjuicios materiales, incluyendo en el lucro cesante los intereses de lo que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de la sentencia, en la cuantía que resulte de lo probado en el curso del proceso.

"Señalo en tres millones de pesos de hoy, el valor de los daños y perjuicios materiales causados al señor Restrepo Alvarez.

"Su pago se hará en pesos de valor constante en relación con la variación porcentual del Indice Nacional de Precios al Consumidor de Ingresos Medios.

"B. A Tiberio Restrepo Alvarez, Clara Inés Ramírez de Restrepo y Clara Cecilia Restrepo Ramírez.

"1.3. Daños morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro fino, para cada uno de ellos, con base en los artículos 106 del Código Penal y 8º de la Ley 153 de 1887.

"1.4. Gastos del proceso, e

"1.5. Intereses aumentados con la variación promedio mensual del Indice Nacional de Precios al Consumidor de Ingresos Medios, desde la fecha de la sentencia y hasta la de su efectivo cumplimiento.

"Es entendido que todo pago se imputará primero a intereses.

"1.2. La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de su existencia ya ejecutoriada".

En el mismo libelo se analiza la *causa petendi* y se pide que se declare la responsabilidad del ente público por la semidestrucción del inmueble de propiedad del señor Tiberio Restrepo A., situado en la ciudad de Medellín en la calle 44E números 99-30-51 y otras molestias, causadas durante el operativo seguido por el CAES el 7 de diciembre de 1981 para la liberación de la señorita Martha Nieves Ochoa V., secuestrada por miembros del M-19.

Para tomar su decisión, el Tribunal se apoyó en jurisprudencia de esta misma Sala. Así sostuvo en uno de los apartes del fallo recurrido:

"2. De acuerdo con la teoría de la responsabilidad por el daño especial, si en busca del bienestar colectivo, conforme a

derecho, la administración ocasiona un perjuicio excepcional a un particular, debe reconocerle una indemnización para que se recupere el equilibrio frente a las cargas públicas.

"El honorable Consejo de Estado, en fallo de octubre 28 de 1976 (Consejero doctor Jorge Valencia Arango), dijo:

"Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.

"Surge, pues, de la esquemática exposición hecha, que la pretensión indemnizatoria por daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base en la ilegalidad del acto o de la operación o el hecho administrativo, la falla o falta del servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o 'vías de hecho' (Revista Lex. Número 2, 1977, página 143)".

Dio por bien probado el Tribunal que el señor Tiberio Restrepo A., era dueño del inmueble objeto de los destrozos y que fueron los agentes del orden los causantes de los mismos, concretamente el personal del CAES, a órdenes de la Cuarta Brigada, tal como se desprende del documento que obra a folio 122. Así mismo aceptó como bien evidenciados los perjuicios materiales, los que fueron concretados en $ 1.129.640.00 por daño emergente y $ 15.000.00 por lucro cesante.

Denegó el mismo despacho la condena por concepto de perjuicios morales con base en la siguiente argumentación:

"b) Perjuicios morales.

"Es entendible que los demandantes, dadas las circunstancias en que se produjo la acción, sufrieran alteraciones de tipo emocional; que se asustaran ante el peligro que podían correr sus vidas; que se disgustaran por la forma en que se realizaba el procedimiento, por la hora, etc. Pero tales dificultades o sinsabores no son sensiblemente superiores a las que deben soportar los demás asociados ante acciones similares, concretamente los demás vecinos; además, son de tipo pasajero: En el proceso no aparece demostrado un trauma permanente con relación a los demandantes que amerite indemnización por perjuicios morales.

"El disgusto por la destrucción de lo propio queda compensado con el pago de los perjuicios materiales.

"En tales condiciones, no hay lugar al pago de perjuicios morales".

El asunto, como se dijo, vino en apelación, en recurso interpuesto por la parte actora. Igualmente hay que entender que llegó a este despacho en grado de consulta, por cuanto el fallo impuso obligación a cargo de la Nación.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal, la sentencia merece ser confirmada en todos sus extremos, menos en lo que respecta con la concreción de los perjuicios materiales, ya que su condena debió hacerse en abstracto.

Sobre los perjuicios, anota la fiscalía en su vista de 10 de junio del presente año (a fls. 170 y ss.):

"En relación con los perjuicios morales hay que tener presente que por disposición legal la tasación o estimación de esta clase de perjuicios corresponde indiscrecionalmente al juez. La ley no establece reglas para su estimación, sólo deja al arbitrio del juez que conoce del asunto y según su criterio y convencimiento la forma de estimarlos y de señalar la suma de dinero que logre compensarlos. Por la ausencia de reglas sobre la materia, la jurisprudencia ha venido señalando ciertas pautas y algunos criterios y estos señalan que los perjuicios morales que pueden ser objeto de indemnización, son aquellos que producen en la persona, dolor en su ser íntimo. Este dolor, este sufrimiento que realmente perturba y afecta lo profundo del ser, por regla general está relacionado con el sufrimiento o la ausencia definitiva de un familiar querido. La pérdida de un bien material o patrimonial, aunque puede ser sentida, por lo general, en el común de las personas no produce un dolor que merezca ser indemnizado.

"En el presente caso el daño se limitó a la destrucción del inmueble de propiedad del actor. Las 'molestias' sufridas como bien las denomina el mismo demandante, no fueron más que eso, incomodidades y sobresaltos, lo que no se puede comparar en ningún caso con el sufrimiento o el dolor que se puede sentir por la pérdida de un ser querido, o por las lesiones de que se puede ser víctima en un momento dado.

"A juicio de este despacho, en el presente caso no existen razones suficientes que permitan creer que hay lugar a reconocer perjuicios morales.

"En relación con los perjuicios materiales se observa lo siguiente:

"El actor en la demanda dice que solicitó varios presupuestos sobre costos de las reparaciones a que debía ser sometido el inmueble, y allegó solamente uno de esos presupuestos, el que aparece anexado al folio 18. Allí se puede leer que el total de la reparación ascendía a la suma de $ 1.345.000.00. Durante el trámite del negocio, el ingeniero que elaboró el presupuesto anterior, rindió declaración y reconoció el contenido del documento y su autoría.

"Existen también otras declaraciones en donde se hace alusión al deterioro que sufrió el inmueble.

"Este despacho echa de menos la prueba de lo que el interesado tuvo que pagar en las reparaciones del inmueble. Tampoco se estableció a cargo de quién estuvo el trabajo, pues el ingeniero que afirma haber elaborado el presupuesto, en ninguna parte dice haber hecho él las mencionadas reparaciones. No habiendo prueba de lo anterior no se puede aceptar como costos los indicados en el presupuesto que elaboró el ingeniero y que se presentó con la demanda.

"En el expediente tampoco se hizo un avalúo comercial del inmueble, lo que hubiera sido aconsejable para determinar la proporción real de los daños sufridos.

"El Tribunal cuando se refiere a los perjuicios materiales hace mención del avalúo que aparece en la declaración de renta que presentó el actor, y a la Resolución de Catastro Municipal en donde se realizó un avalúo para efecto de determinar servicios.

"Tener en cuenta los avalúos antes indicados y trasladar ese valor como monto de los perjuicios materiales no es muy comprensible, más aún si se considera que los daños o deterioros que sufrió el inmueble fueron parciales.

"En estricta lógica y ante la ausencia de otra prueba, hubiera resultado más acertado tomar de la declaración de renta las partidas que aparecen en el renglón de reparaciones locativas".

Para la Sala, la sentencia deberá confirmarse en lo fundamental, con algunas modificaciones.

Los hechos bien probados mediante testimonios ponen de presente la responsabilidad estatal por el daño especial; posición doctrinaria que tiene amplio respaldo no sólo en la doctrina sino en la jurisprudencia nacionales. Precisamente la cita que hace el Tribunal de el fallo de octubre 28 de 1976, de esta misma Sala, con ponencia del señor Consejero Valencia Arango, es bastante ilustrativo, sintetiza en forma afortunada la idea central: Cuando la actividad de la administración deba cumplirse en salvaguarda de los cometidos que tiene que desarrollar y de los intereses generales que deba proteger y daña a alguien en forma excepcional en su vida, honra o bienes le está imponiendo a este una carga especial que no tiene porqué sufrir aisladamente.

En otros términos, cuando se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas porque estas exceden las conveniencias generales y normales, el Estado estará obligado a ese resarcimiento a nombre de todos para, así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido.

En este aspecto de la controversia no existe discrepancia, y sobra hacer otras reflexiones. En ese operativo antisecuestro no puede hablarse de culpa de la administración. No, ella debía actuar y lo hizo. Pero en su ejercicio se produjo una lesión en el patrimonio de

los moradores de la casa de habitación que sufrió los efectos de la operación. Para el Tribunal esos daños no fueron sino materiales. Para el demandante se produjo, así mismo un perjuicio moral. Y la fiscalía estima que estos no se produjeron y que los materiales no debieron concretarse por el Tribunal por deficiencias probatorias.

Para la Sala el aspecto de los perjuicios decidido por el Tribunal merece algunos reparos; reparos que se dan no sólo frente a los morales, sino también a los materiales.

Frente a los primeros, se anota:

Si bien es cierto ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, en principio, no cabe hablar del *"pretium doloris"* por la pérdida de bienes materiales, sino sólo por la de los seres queridos, en el caso concreto estos no se reclaman por la destrucción de la casa de habitación, sino por la angustia que tuvieron que sufrir durante el operativo antisecuestro, en el que estuvieron en grave peligro de perder sus vidas. Esa angustia o conmoción fuerte produjo un impacto psicológico difícil de olvidar, gratuito para los demandantes, exagerado, fuera de lo común y excepcional frente a los riesgos que se deben soportar por vivir en comunidad.

De allí que con estos perjuicios morales se busque no mitigar el dolor por la destrucción de su casa de habitación, sino por el efecto emocional que produjo en sus vidas la acción represiva de la autoridad pública.

En ese campo no puede establecerse una tabla matemática para su evaluación y ni siquiera puede acudirse a una peritación como auxilio. Con todo, dentro del arbitrio judicial, esa "guerra" particular que les tocó sufrir a los demandantes (en beneficio de todos, se recalca) merece su retribución. De allí que, tanto el señor Tiberio Restrepo A., como su cónyuge Clara Inés Ramírez de Restrepo y su hija Clara Cecilia Restrepo R., recibirán como compensación por los hechos que tuvieron que padecer el equivalente en pesos colombianos a 250 gramos oro para cada uno. Se observa que no es necesario que ese impacto emocional sea permanente, porque con esta nota no podría pensarse en la compensación de tales perjuicios morales.

Con el anterior enfoque, la Sala se separa de la apreciación del Tribunal porque a pesar de que éste reconoce que el hecho pudo producir alteración de tipo emocional estima que estos fueron comunes a todos los asociados. Y es aquí precisamente donde radica la discrepancia, porque es evidente que esta carga o angustia no fue la general o corriente a que están sometidas las personas por el hecho de vivir en sociedad, sino que fue algo excepcional y con notas de especial rigor.

Sobre los perjuicios materiales existe así mismo discrepancia. Considera la Sala que el Tribunal se equivocó al estimar como daño emergente el valor del inmueble, según el denuncio rentístico hecho por el señor Restrepo A. No, fuera de que el inmueble no se destruyó en su totalidad y en ese valor, como es obvio, está el lote que soporta la edificación, el *petitum* se refiere a los daños que sufrió ésta y a los costos de reconstrucción.

Coincide la Sala con la apreciación hecha por la fiscalía, la que no encuentra comprensible que se haya tomado como monto del perjuicio el avalúo del inmueble, máxime si se tiene en cuenta que los daños o deterioros sufridos fueron solamente parciales.

La Sala no encuentra excesivo el valor del presupuesto de reconstrucción elaborado por la firma "Proyectos y Servicios de Ingeniería Ltda.", que ascendió a la suma de $ 1.173.870.00. El documento que lo contiene, reforzado con la declaración del ingeniero que lo proyectó y la inclusión de ese valor en la declaración de renta del señor Tiberio Restrepo, dan pie para aceptar no sólo que en esa suma se deterioró la edificación y que con estas se restablece el derecho lesionado. Aunque no existe la prueba concreta de las reparaciones que se hicieron, lo cierto es que debieron ejecutarse, porque de otra manera el inmueble habría quedado inhabitable.

No existen medios de convicción que demuestren a partir de qué fecha quedó habitable de nuevo la edificación. Por esto, deberá acreditarse dicha fecha para poder determinar el lucro cesante.

Visto el expediente, para la concreción de los perjuicios materiales deberán tenerse en cuenta las siguientes pautas:

1. El valor de las reparaciones, para el caso el dueño emergente, se señala en $ 1.173.870.00.

2. Se determinará en qué fecha quedó habitable de nuevo la edificación y el lapso que transcurrió desde esa fecha hasta la ocupación del inmueble por inquilinos, sin exceder los términos señalados en el numeral 4.

3. También deberá demostrarse el valor del arrendamiento del mencionado piso (número 99-30), a la fecha de los hechos. El documento que se adjuntó para el efecto carece de valor demostrativo por ser una fotocopia sin autenticación alguna. Con todo, ese canon mensual no podrá exceder de $ 25.000.00 señalado en el libelo.

Se observa que en la declaración de renta del señor Restrepo A., por el año de 1981 figura la cantidad de $ 90.000.00, por concepto de cánones de arrendamiento pero, como es obvio, se entiende ésta en relación con todo el período gravable y se desconoce cual fue su realidad a la fecha de los hechos. En caso de que no pudiere establecerse la renta correspondiente al mes de los sucesos violentos, deberá hacerse la liquidación del lucro cesante con base en la doceava parte de la cifra declarada.

4. Para la determinación del lucro cesante, en caso de que no pueda establecerse la fecha pedida en el numeral 2 de estas pautas, se tendrá en cuenta que las obras de reparación normalmente debieron ejecutarse en tres meses y que la consecución de nuevos inquilinos ordinariamente podía lograrse en un lapso similar.

5. El valor de las reparaciones (numeral 1) deberá actualizarse con sujeción a los índices de precios al consumidor que certifique el DANE; para el efecto se tendrá en cuenta el mes en el que terminó la

reparación (índice inicial) y el mes en que se efectúe la liquidación definitiva de la condena (índice final) con aplicación de la fórmula:

$$VF = vi \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$; de donde VF = valor final; vi = capital o valor

a actualizar. Igual fórmula se aplicará a la suma que se determine por lucro cesante.

6. Las cantidades históricas (sin actualizar) que se determinen tanto por lucro cesante (numerales 3 y 4) como por daño emergente (numeral 1), se liquidarán con un interés técnico del 6% anual.

Finalmente la Sala llama la atención, una vez más, al señor apoderado de la parte demandada, por la forma desapacible que viene utilizando en sus memoriales, en especial cuando se refiere a las decisiones de los Tribunales.

Con este no se trata de coartar la libertad de crítica. Esta Sala, por el contrario, se duele de que este poder crítico se haya perdido en el país. Pero no puede aceptar que su ejercicio se desvíe.

No tiene objeto utilizar frases desapacibles e incómodas, cuando gracias a la sana argumentación y a la lógica se puede lograr el mismo objetivo (al fin se trata de una colaboración con la justicia).

Se aclara, finalmente, que aunque la parte introductoria de la demanda habla sólo de la Nación como parte demandada, sin precisar los organismos de la misma que intervinieron en la ejecución de los hechos, ello no constituye ineptitud porque la interpretación armónica y de conjunto del libelo esclarece este extremo; hasta el punto que el auto admisorio se notificó al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional y al DAS.

Por lo expuesto, y de acuerdo en lo esencial, tanto con el Tribunal como con las fiscalías intervinientes, 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 el ordinal 1º de la sentencia de agosto 8 de 1986, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con la precisión que la declaración de responsabilidad comprende tanto del señor Tiberio Restrepo como a la señora Clara Inés Ramírez de Restrepo y Clara Cecilia Restrepo R.

Revócanse los ordinales 2º y 4º, los que quedarán así:

2º Como consecuencia, condénase a la Nación (Ministerio de Defensa —Policía Nacional y DAS—) en abstracto, a pagar al señor Tiberio Restrepo Alvarez los perjuicios materiales causados. Su li-

quidación se hará mediante el incidente previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil con sujeción a las pautas indicadas en la motivación.

3º Condénase igualmente a la misma entidad al pago de perjuicios morales a favor de las siguientes personas: Tiberio Restrepo A., Clara Inés Ramírez de Restrepo y Clara Cecilia Restrepo R., en su equivalente en pesos colombianos de 250 gramos oro para cada una. El Banco de la República dará la certificación correspondiente a dicha equivalencia en referencia a la fecha de esta sentencia. Se entiende esta condena en concreto.

4º Confírmase el ordinal 3º, con la adición de que los intereses de la condena se regirán por el inciso final del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo así: La condena por perjuicios materiales (ordinal 2º) a partir de la ejecutoria del auto que la liquide; y la relacionada con perjuicios morales, a partir de la ejecutoria de este fallo.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 23 de julio de 1987.

Julio César Uribe Acosta, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Jorge Valencia Arango*, Ausente.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.

OMISION DE LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO DE LA CUAL SE PRETENDE DERIVARLA.

OCUPACION DE HECHO.

LANZAMIENTO.

a) Caducidad de la acción: Término para establecerla;

b) Carencia de identificación del inmueble objeto de lanzamiento;

c) Deber de la parte interesada en hacer posible la actuación del Estado, para tal fin. Consecuencias de su conducta pasiva.

Reiteración jurisprudencial sentencia de 12 de julio de 1984, Sección Tercera. Consejero ponente doctor José Alejandro Bonivento, Expediente 3755. Actor: María Medina;

d) Carencia de prueba del derecho de dominio por parte del actor, sobre el bien solicitado en lanzamiento. Conduce a negar súplicas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., ventiséis de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicado número 4527. Apelación sentencia. Actor: Josefina Valencia vda. de Arroyave. Demandado: Municipio de Medellín.

I

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro, en virtud de la cual se declaró inhibido para "...una decisión de fondo" por las razones que se precisan en la misma.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe en lo pertinente lo sustancial de la misma. En ella se lee:

"El doctor Jorge Arroyave Valencia, obrando como apoderado general de su señora madre Josefina Valencia vida. de Arroyave y a

través de mandatario idóneo, ha solicitado que previas las ritualidades dispuestas en la Ley 167 de 1941, se *condene* al Municipio de Medellín a pagarle como propietaria de un lote de terreno situado en la ciudad e invadido por tugurieros, la totalidad de los perjuicios ocasionados con la omisión de las autoridades locales, al no haberse atendido sus peticiones, quejas y reclamos que reiteradamente pidió para sus bienes.

"El valor deberá ser cubierto conforme a un avalúo pericial y en caso de que éste no tuviere acogida, en abstracto, para que su liquidación se efectúe según los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Fundamentos de hechos:

"Una síntesis de los mismos se enuncian de la siguiente manera:

"a) El señor Juan N. Arroyave fue una persona emprendedora y conocida suficientemente en Medellín por su gran laboriosidad lo que le permitió formar una fortuna más o menos considerable, a base de trabajos, esfuerzos e inteligencia, versándose en la compraventa de propiedad raíz, dejando a su muerte diferentes globos de terreno en los alrededores de la municipalidad, previendo futuras urbanizaciones";

"b) Uno de esos inmuebles consistían en un lote de tierra situado en la fracción de la América sector San Javier, hoy barrio 20 de Julio, que había adquirido mediante Escritura Pública número 950 del 22 de marzo de 1945 otorgada en la Notaría Tercera y cuyos linderos se determinan así:

"Partiendo del punto donde se encuentran la calle 39A antes 38 con la carrera 110, que sigue de oriente a occidente por la prolongación de la calle 39A, hasta encontrar lindero con propiedad del señor Jaime Geales, se sigue lindando con éste de sur a norte hasta encontrar propiedad del señor Juvenal Ortega, antes propiedad de Luis Angel Escobar; se sigue lindando con éste hasta encontrar propiedad que es o fue de Diego Sánchez Barcelona, lindando con éste se sigue hasta encontrar propiedad de Jesús Ramírez Ramírez, lindando con éste, hasta encontrar la carretera de penetración del paraje 'El salado'; por esta carretera se sigue de oriente a occidente hasta encontrar lindero con propiedad de Guillermo Correa lindando con propiedad de éste se sigue hacia arriba de norte a sur hasta encontrar camino del Corazón; lindando con este camino se sigue hacia abajo de occidente a oriente hasta encontrar propiedad que es o fue de Eduardo y Cosme Alvarez, Juan Bautista Ortiz, Andrés Yepes o Isaías Alvarez, Eduardo Alvarez, Hernando Ortiz, Julio Muñoz, Enrique Alvarez, herederos de Manuel Alvarez y herederos de José María Rodríguez y propiedad de Cancio Alvarez, Felipe y Gregorio Alvarez y luego de propiedad que es hoy de la Comunidad de Hermanas de los Pobres, lindando con esta propiedad de sur a norte hasta encontrar la calle 38, antes 36A, por ésta arriba de oriente a occidente hasta encontrar la manzana 22, lindando con los lotes números 1, 2, 3, 4 de esta manzana, continúa lindando con la carrera 110, los lotes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la manzana 23, hasta encontrar la prolongación de la carrera 111, lindando con ésta de sur a norte hasta encontrar la calle 39 antes

calle 37A, lindando con ésta de occidente a oriente hasta encontrar la carrera 110, lindando con ésta de sur a norte hasta encontrar la calle 39A, punto de partida y tiene la matrícula número 001-093372 de diciembre 6 de 1978";

"c) Tal propiedad fue adjudicada a la cónyuge sobreviviente Josefina Valencia vda. de Arroyave en la hijuela número 1, pero una vez desaparecido el causante, empezaron a suceder invasiones inicialmente reducidas y posteriormente en grande, para luego convertirse en masivas durante los años de 1979, 1980 y 1981";

"d) Ante esta situación, se acudió a la municipalidad para que amparara el derecho de propiedad sin que las quejas hubieran tenido éxito, pues los funcionarios contemporizaron con los invasores al omitir todo acto de autoridad y más, se aprovecharon de esta circunstancia para hacer proselitismo político con los bienes ajenos";

"e) A pesar de constantes amenazas a la familia Arroyave, se iniciaron querellas de policía ante el Inspector de Obras y Sexta de Policía, siendo infructuosas las gestiones y llegándose a ocurrir situaciones tan pintorescas como una consignada en un oficio, donde se rubricó que no se cumplía una diligencia de lanzamiento en el año 1979 por cuanto personalmente el señor Juan N. Arroyave había manifestado que arreglaría con los invasores, cuando éste había muerto desde el 10 de abril de 1974".

"Se acudió ante los fracasos sucesivos a la Personería Municipal, donde se concluyó que las invasiones eran de carácter sucesivo y permanente debido a un hondo problema social vivido en la ciudad y a la mala vigilancia de los terrenos por parte de los interesados, afirmación esta última de ninguna manera valedera, porque constantemente se buscó la vigilancia privada y especial.

"Y como final puerta a tocarse se llegó a la Procuraduría Regional ante el cual formularon cargos por el doctor Jorge Arroyave Valencia contra los funcionarios que habían incumplido su deber y allí se aconsejó recurrir a la justicia ordinaria, a fin de que se resolviera las indemnizaciones a que hubiera lugar para el dueño legítimo del terreno.

"Normas violadas y su concepto:

"Entiende el apoderado de la actora que se encuentra ante un caso de reponsabilidad extracontractual por parte del Estado, ya que el artículo 16 y siguientes de la Constitución Nacional señalan los deberes de las autoridades para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, lo que no ocurrió por la ostensible omisión y falta de autoridad de los funcionarios del orden local, haciéndose apreciaciones al respecto sobre la jurisprudencia.

"Posición de la parte demandada:

"El Municipio de Medellín estuvo presto a la controversia solicitando pruebas y consignando en alegato final visible a folios 214 y siguientes, que existe caducidad de la acción por haberse acudido fuera

de tiempo a la contienda, que la señora Josefina Valencia vda. de Arroyave no demostró ser la propietaria del inmueble y por último que si lo anterior no tuviera acogida, la falla en el servicio obedeció a culpa de la víctima por no ejercer la posesión sobre el bien y tratar de hacerlo cuando otros lo tenían, tomando para referenciar tal decir, los testimonios aportados.

"Consideraciones del Tribunal:

"Agotado el trámite y llegado el momento de una decisión, lo planteado tanto por la parte demandada como por el Ministerio Público, obligarán a hacer disquisiciones necesarias sobre caducidad y falta de legitimación en la causa por parte de la señora Josefina Valencia vda. de Arroyave, quien pretende a través del juicio una indemnización del Municipio de Medellín, por no haber sido defendida en sus bienes conforme a lo dispuesto por la Carta Fundamental.

"Un recorrido sobre todo lo aportado, aflora con claridad meridiana y con sinnúmero de documentos, que la familia Arroyave Valencia acudió desde 1978 ante las autoridades para buscar a través de ella, que el lote de terreno ubicado en la fracción de la América no fuera tomado por tugurianos.

"Pero si esta época primera detectada en dicho año puede ser el comienzo según la presentación que hace el accionante, lo cierto es que con posterioridad se reiteraron los hechos consistentes en las ya conocidas invasiones y por eso sirve de ejemplo lo visible a folios 54 y 72 donde se puede aceptar que en enero y febrero de 1980 habían personas haciendo banqueos acudiéndose ante la autoridad para evitarlos y ello servirá para no compartir la tesis de la caducidad de la acción impulsada tomando como partida el 8 de septiembre de 1978 y cotejándola con la fecha de la demanda ocurrida el 12 de diciembre de 1981.

"Por eso no es válida la citación que se hace a una providencia del Consejo de Estado con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo de agosto de 1982 y sobre esta materia de la caducidad, donde se afianza la idea que ésta se inicia tan pronto se produzca el hecho o la omisión sin tener en cuenta para ello los efectos, instantáneos, continuados o sucesivos que causen, porque lo ocurrido en el fundo de la América no es propiamente la existencia de un hecho que hubiera prolongado en el tiempo sus efectos, sino reiterados inicialmente en número pequeño, y luego tomando cuerpo y fuerza en el año de 1980, convirtiendo a los tugurios en un verdadero barrio, estimado por la accionante en unos ocho mil y por eso es de aceptarse que se ha llegado en tiempo ante la jurisdicción, lo que la habilita para analizar y con detenimiento el segundo aspecto predicado, consistente sobre si la interesada demostró ser la verdadera dueña del lote descrito en uno de los hechos de la demanda.

"El libelo inicial, folio 11, aporta y como documento de entrada, la hijuela correspondiente a la señora Josefina Valencia vda. de Arroyave en la liquidación, partición y adjudicación de bienes ocurrida en la sucesión de su esposo Juan N. Arroyave y es precisamente esta prueba la aprovechada para tantearle al juez administrativo si ello es válido,

poniendo a éste en la coyuntura de admitir que es suficiente para acreditar el dominio o de abstenerse de hacerlo, al concluir que no se podrá dictar sentencia sobre la indemnización solicitada por cuanto de serlo, se correría el riesgo de tomar una decisión positiva o negativa a favor o no de quien sería ajeno o extraño.

"En otras palabras se le plantea al fallador, la capacidad o no de habilitar normas sobre tradición en el dominio de bienes inmuebles.

"El Código Civil en su artículo 756 apunta que se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y que igualmente y de la misma manera los derechos de usufructo o de uso constituidos sobre ellos y los de habitación o hipoteca.

"Siguiendo este mismo ritual, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 611 ordena que la sentencia que verse sobre bienes sometidos a registro, será inscrita lo mismo que las hijuelas en las oficinas respectivas, en copia que se agregará luego al expediente, protocolizado en Notaría del lugar.

"Y si lo anterior fuera corto, el Decreto 1250 de 1970 afirma que está sujeto a registro todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitraria que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real, principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario y estas acotaciones entre otras cosas elementales dentro de las normas civiles, indican como opera la tradición y como se gana la titularidad de un predio, donde los pasos previos por supuesto a la inscripción en la Oficina de Registros Públicos, no adquieren firmeza alguna.

"Las anteriores apreciaciones servirán para aceptar la tesis del ente público y por ende de la Procuraduría en el sentido que la copia del trabajo de partición visible a folios 13 y siguientes, no es la forma para imponerle al juzgador, la premisa básica que la señora Valencia vda. de Arroyave es la propietaria del lote invadido y legitimada para pregonar una indemnización.

"Por lo antes expuesto el Tribunal Administrativo de Antioquia de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"*Falla:*

"Declárase inhibido para una decisión de fondo por lo consignado en la parte motiva de la presente providencia" (fls. 226 al 233, cuaderno 1).

II

Sustentación del recurso hecha por el apoderado de la parte actora:

A la luz de la filosofía jurídica que orientaba el anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), el apoderado de la

parte actora solicitó la práctica de algunas pruebas en segunda instancia, las cuales fueron decretadas en providencia calendada el veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), visible al folio 246 del cuaderno número 1. En lo pertinente del mismo se lee:

"Se oficiará a la Notaría Tercera del Circuito de Medellín, para que a costa del interesado, remita copia auténtica de la Escritura Pública número 950 de fecha 22 de marzo de 1945, en virtud de la cual el señor Juan N. Arroyave, adquirió un lote de terreno en la fracción de la América, Sector San Javier, hoy barrio 20 de Julio de esa ciudad".

La situación procesal anterior explica que el referido título traslaticio de dominio obre a folios 265 y siguientes del mismo cuaderno, con la correspondiente nota de registro al pie de la misma.

Dentro del marco anterior se explica bien el alcance del alegato presentado por el apoderado de la parte actora, que en lo pertinente reza:

"Los hechos:

"El asunto sometido a la decisión de esa Corporación, es muy sencillo:

"Un valioso inmueble de la demandante fue invadido por miles de familias, desde luego, previamente organizadas para tal efecto, por un cierto sector político con fines proselitistas. Del 30 de noviembre de 1979 al 10 de noviembre de 1981 la propietaria promovió sendas querellas de policía para obtener el desalojo de los invasores, pero —obvio— el poder político del sector beneficiado con la invasión logró que la administración municipal de Medellín fuera ineficaz en el desalojo y el predio quedó económicamente perdido para su dueña.

"La demanda:

"El 10 de diciembre de 1981, ante la imposibilidad real, económica y jurídica, de promover ocho mil o más procesos reinvidicatorios (que le causarían grave trauma de funcionamiento a la justicia de Medellín y eventualmente a la de Bogotá), se promovió la demanda que ahora es objeto de decisión por parte de la Sala, en vía de apelación, porque la sentencia de primera instancia fue de carácter inhibitoria.

"La sentencia:

"El Tribunal Administrativo de Antioquia no proveyó de fondo porque consideró que:

"...la copia del trabajo de participación visible a folios 13 y siguientes, no es la forma para imponerle al juzgador, la premisa básica que la señora Valencia vda. de Arroyave es la propietaria del lote invadido y legitimada para pregonar una indemnización..." (fl. 232 del cuaderno número 1).

"El suscrito apoderado, en memorial que obra a folios 259 y 260 del cuaderno número 1, expresó entre otras cosas, lo siguiente:

"El artículo 256 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este asunto por mandato del artículo 160 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), cuando la ley exija la inscripción de un documento en un registro público *la copia* que se aduzca como prueba (la que obra a fls. 33 fte. y vto., cuaderno 1) deberá llevar la nota de haberse efectuado aquella inscripción y en caso contrario, es decir en el evento de que tal copia no tenga la nota de haberse efectuado la inscripción o registro 'el Juez *la enviará* (imperativamente habla la ley) a la oficina correspondiente para que se produzca la anotación y le pedirá que certifique a costa del interesado, sobre la inscripción y *su fecha*' (subrayé)".

"En efecto, el Consejo de Estado dispuso en la segunda instancia lo que el Tribunal Administrativo de Antioquia debió ordenar oficiosamente, para evitar providencias inhibitorias (art. 37, ordinal 4º del C. de P. C.) y fue así como el Consejero ponente, por provdencia de 26 de febrero de 1985 (fl. 380, cuaderno 1) expresó:

"Teniendo en cuenta la solicitud que obra a folios 259 y 260 del cuaderno número uno (1) y lo dispuesto por los artículos 214 del Código Contencioso Administrativo y 256 del Código de Procedimiento Civil, por la Secretaría ofíciese a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín para que a costa del interesado y con destino al presente proceso, se produzca la anotación y certificación sobre la inscripción de la partición y aprobación de ella que obra a folios 13 a 36; de la escritura que obra a folios 253 y siguientes del cuaderno número 1. Desglósense los referidos documentos y anéxense al respectivo oficio".

"Lo ordenado por el Consejo de Estado se satisfizo cabalmente y fue así como los documentos desglosados regresaron al expediente con las anotaciones debidas, según memorial que el suscrito apoderado presentó el 16 de julio de 1985, allegando tal documentación. Hoy, con este mismo escrito, entrego un certificado de tradición del inmueble, que complementa la respuesta al despacho comisorio número 266 en el cual consta la legalización de dos ventas parciales que se habían hecho a terceros y cuya posesión material se había entregado ya a los pretensos adquirentes cuando ocurrió la invasión que dio lugar al presente asunto.

"Necesidad de proveer de fondo en la segunda instancia:

"En consecuencia, en el expediente ya no se echa de menos la prueba de la propiedad que la demandante ostentaba sobre el predio determinado en la demanda por la época de la invasión y en razón de ello habrá que proveer de fondo.

"Para tal efecto, se impone revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar decidir el litigio, como lo solicito: Accediendo a las súplicas de la demanda.

"El criterio del ad quem sobre el fondo del asunto:

"La sentencia apelada, después de transcribir una síntesis de los hechos que constituyen la *causa petendi* dijo:

"Se acudió ante los fracasos sucesivos a la Personería Municipal, donde se concluyó que las invasiones eran de carácter sucesivo y permanente debido a un hondo problema social vivido en la ciudad y a la mala vigilancia de los terrenos por parte de los interesados, afirmación esta última de ninguna manera valedera, porque constantemente se buscó la vigilancia privada y especial" (f. 228, cuaderno 1).

"En este momento es conveniente recordar que el Consejo de Estado, ha dicho que: 'La sugerencia hecha, según declaraciones recibidas en esta instancia, a la demandante, por el Comisario de Policía, para que pusiera vigilancia de carabineros, no sólo es grave sino que, por sí sola, es suficiente para demostrar la falla de la autoridad, pues ella es la encargada de proteger la vida y bienes de los ciudadanos (art. 16 de la Constitución Política), disponiendo para ello, de todos los instrumentos de poder entre ellos el de la policía en forma que resulta por lo menos absurdo pedirle al administrado que contrate carabineros. e) Si la demandante violó alguna disposición municipal sobre cerramientos de lotes, debe sufrir las consecuencias legales, pero obviamente estas no pueden ser ni la pérdida de la propiedad, ni la del usufructo, ni la del derecho a la protección de las autoridades, garantizada por la Constitución Política'. Esta jurisprudencia está vigente y es pertinente invocarla en el presente asunto, para resaltar la obligación que la Carta ha impuesto a las autoridades de proteger la propiedad privada, vigilándola adecuadamente.

"Este principio constitucional ha tenido su desarrollo en diversas disposiciones legales, entre las cuales señalo el artículo 125 del Código Nacional de Policía que dispone que:

"La policía sólo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien, y en caso de que haya violado ese derecho para restablecer y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación.

"El artículo 126 de la misma obra ordena:

"En los procesos de policía no se controvertirá el derecho de dominio ni se considerarán las pruebas que se exhiban para acreditarlo".

"Así las cosas, resulta evidente que el Municipio de Medellín, actuando a través de sus inspecciones de policía y otras dependencias, no protegió la propiedad de la demandante, a pesar de habérsele solicitado conforme al derecho. De todos modos, la protección policiva ha de prestarse, aún (sic) oficio, cuando por cualquier medio se conozca que tal protección se requiere para proteger la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio nacional (art. 16 de la Constitución Nacional).

"En el fallo recurrido se hace la siguiente consideración a folio 228, cuaderno 1:

"Y como final puerta a tocarse se llegó a la Procuraduría Regional ante el (sic) cual se formularon cargos por el doctor Jorge Arroyave Valencia contra los funcionarios que habían incumplido su deber y

allí se aconsejó recurrir a la justicia ordinaria, a fin de que se resolviera las indemnizaciones a que hubiere lugar para el dueño legítimo del terreno".

"De lo anterior se corrige que el *a quo*, al examinar la cuestión de fondo, encontró que en ralidad de verdad hubo falla del servicio. Sólo la consideración, hoy superada, de que no estaba demostrada la propiedad del terreno por la época del daño, fue lo que indujo al Tribunal de Antioquia a declarar inhibido para fallar. Es decir, si hubiera encontrado la situación procesal que hoy existe, en la cual ya aparece acreditado el derecho de dominio sobre el inmueble invadido, el Tribunal habría fallado de fondo reconociendo la falla de la administración y, obviamente, condenando al pago del perjuicio causado por tal motivo. Así solicito que se provea en el fallo de segunda instancia.

"La caducidad de la acción:

"El Tribunal Administrativo de Antioquia trató muy bien el tema de la caducidad de la acción para despachar desfavorablemente la excepción propuesta, de modo que me abstengo de hacer más consideraciones, que serían posibles, porque me parece que el Consejo de Estado acogerá la tesis del *a quo* exponiendo una más rica argumentación a la que el suscrito apoderado podría presentar en este escrito.

"El monto de la indemnización:

"El *quántum* del daño emergente está fijado parcialmente, sin que exista objeción de ninguna de las partes, además de que el experticio es lo suficientemente bien fundamentado en este punto, como para que sea acogido por esa honorable Corporación. Pero ha de tenerse en cuenta que el monto del daño emergente se fijó en relación con la época en que se causó el perjuicio, de modo que, necesariamente, la sentencia condenatoria dirá que los pesos que se han de pagar son los del día del daño o, en subsidio, los del día de presentación de la demanda, pues es un hecho ostensible, notorio, que la demanda fijó el *valor real* reclamado en pesos del día del perjuicio, no de otros.

"En cuanto al monto del perjuicio por lucro cesante en la demanda no se señaló en concreto ninguna cifra determinada, pero sí la señaló en forma determinable, pues se invocó en su contexto que la aspiración por este concepto llega a lo que resulte demostrado que es la única verdad procesal que el juez debe atender.

"Aunque por el primer aspecto de la indemnización por daño emergente sería suficiente expresar en la sentencia que ella será la fijada en el peritazgo ya rendido, más lo que certifique el Banco de la República como variación del poder adquisitivo del peso desde la fecha del daño (o en subsidio desde la presentación de la demanda) hasta cuando el pago se efectúe (o hasta la ejecutoria de la sentencia), es pertinente observar que para que la reparación del lucro cesante

sea completa (pues la demanda no limitó el máximo) ésta debe ser desde la ocurrencia del daño hasta cuando sea pagado este valor por el obligado al resarcimiento.

"Bien entendido es que cuando como daño emergente sólo se reclaman intereses, no es necesario probar en tal sentido perjuicio alguno. Así lo ha dicho también el Consejo de Estado y así lo dispone el Código Civil (regla 2ª del artículo 1617), cuya aplicación ya ha hecho el Consejo de Estado en diversas oportunidades.

"Lo anteriormente expresado me parece suficiente para solicitarle a la Sala, fundadamente, que se digne revocar la sentencia apelada y en su reemplazo se declare al Municipio de Medellín responsable de los perjuicios causados a la demandante, por los hechos expuestos en la *causa petendi* y se le condene al resarcimiento íntegro de los mismos, fijando en concreto la cuantía del perjuicio. En subsidio que se fije en abstracto para que se regulen posteriormente sobre las bases que fije la sentencia" (fls. 300 a 304, cuaderno 1).

III

Alegato presentado por el apoderado del Municipio de Medellín:

A folios 306 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto del alegato presentado por el apoderado de la parte demandada, del cual se extracta lo pertinente. Allí se lee:

"Apunto la temeridad del demandante con respecto a la actitud asumida por las autoridades municipales y de otro rango por cuanto abundan las pruebas sobre la forma en que estas atendieron permanentemente el asunto no sólo con los instrumentos legales y de fuerza a su alcance, sino con profundos argumentos de índole humano y social tal como se desprende de las repetidas intervenciones de la Procuraduría Regional en las que claramente se exonera a las mismas y más bien se deja constancia del total descuido y la nula vigilancia por parte de los interesados y presuntos poseedores materiales de los terrenos. Constituyen las intervenciones del Ministerio Público una estremecedora denuncia sobre lo que significa en una ciudad como Medellín, en donde la tierra para vivienda se agotó hace mucho tiempo, la existencia de un terreno comúnmente llamado de "engorde", de más de 42 hectáreas, ubicado en el corazón de una comuna popular donde la cotidianidad es el hambre, la miseria y el desamparo y sobre el cual los presuntos dueños, por más de 30 años, pocos o ningún acto de dominio, de posesión material, ejercieron sobre el mismo (fls. 68 y ss.). Situación que igualmente queda descrita en las extensas y pormenorizadas Actas del Concejo Municipal de Medellín allegados a folios 113 y siguientes, como reflejo del debate público y del sentimiento ciudadano. Igualmente ilustrativo resulta el oficio que aparece a folio 83 del cuaderno número 2 suscrito por el doctor Jorge Luis Valencia Restrepo.

"Pero consciente de que el litigio debe desatarse en puro derecho, aquí también los argumentos son de mucho peso para solicitar que se mantenga el fallo de primer grado si es que, de plano, no se rechazan las pretensiones de la demanda. Veamos:

"*Primero:* Aunque parcialmente el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia acogió los planteamientos de la Fiscalía y del Representante Legal de la Municipalidad para emitir su fallo inhibitorio por falta de legitimación en la causa, a la luz del Decreto 992 de 1930, las exigencias son de mayor calado y van mucho más allá. En efecto, el artículo 1º y el numeral 5º del artículo 2º de la citada norma, claramente presupone la posesión material sobre el inmueble; y de acuerdo a la ley y a la jurisprudencia sabemos lo que esto implica, sin que quepa la menor duda sobre los actos constitutivos de comportamiento de señor y dueño. Más que el registro extemporáneo de un título y de la titularidad misma, importan los elementos materiales y subjetivos de la posesión; así no se viva físicamente en el predio poseído, de alguna manera deben proyectarse los actos con los cuales se materializa esa posesión.

"Con muy buen juicio expresó textualmente el mandatario judicial del Municipio de Medellín en su memorial de conclusión:

"...Es importante anotar que ni aún, se acreditó la posesión del bien inmueble, por cuanto la posesión no se configura, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 9 de noviembre de 1956, LXXXIII, 776, con los simples actos materiales o mera tenencia que percibieron los declarantes como hecho externo o corpus aprehensible por los sentidos, sino que requiere esencialmente la intención de ser dueño, *animus domini* o de hacerse dueño, *animus rem sibi habendi...*"; "...En mi sentir, el ánimo de dominio o hechos positivos para configurar la posesión, no fueron *antecedentes* a la invasión sino *posteriores*, prueba de ello es: a) A folio 36 vuelto, aparece la constancia de que el juicio de sucesión se protocolizó el 16 de noviembre de 1979 y mucho antes habían comenzado las invasiones, tal como lo afirma el demandante a folio 4 de la demanda, '...Pero una vez muerto, *cuando se estaba tramitando el juicio de sucesión*, empezaron a sucederse invasiones inicialmente reducidas y posteriormente más grandes para terminar en invasiones masivas de tugurieros, capitaneados por los empresarios especializados en esta actividad ilícita, pero que en los años 1969, 1980, se han venido desplazando en mayor cantidad hacia ese lugar...' A folio 36 frente, se observa que la sentencia de partición fue dictada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín el 8 de septiembre de 1978..."

"Por lo que puede concluirse, que si para la ley y el derecho resultan inocuas, en el caso que nos ocupa, las escrituras de compraventa que datan del año de 1945 y la sentencia de partición dictada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín en 1978, ante la improbada e improbable posesión material por parte del demandante, más que inocua, resulta una afrenta de lesa humanidad materializar la destrucción y desalojo de muchísimo más de 8.000 viviendas, como desconcertante y tal vez ingenuamente lo reconoce el apoderado judicial del demandante al aceptar francamente (reconociendo de paso la vía equivocada), que: '...El 10 de diciembre de 1981, ante la imposibilidad real, económica y jurídica, de promover 8.000 o más procesos reivindicatorios (que le causarían grave trauma de funcionamiento a la justicia de Medellín y eventualmente a la de Bogotá), se promovió la demanda que ahora es objeto de decisión por parte

de la Sala, en vía de apelación, porque la sentencia de primera instancia fue de carácter inhibitoria...'

"Pero aún más, la anterior transcripción confirma en forma flagrante no sólo las desmedidas pretensiones del actor, sino la contravención a elementales reglas generales del derecho, incurriendo en el típico abuso del mismo, como es la temeridad para litigar.

"*Segundo:* Referente a la falta o fallas del servicio, en otras palabras, a la responsabilidad por omisión endilgada a la municipalidad, sí que abundan las pruebas para eximirla de culpa. No sólo atendió las extemporáneas solicitudes de los querellantes y pasó por alto el lleno de los requisitos legales de las mismas, movilizándose diligentemente por intermedio de los Inspectores de Policía, de los Inspectores de Obras, de las Secretarías de la Alcaldía, sino que en diferentes ocasiones ofició a los Comandos de Policía y al mismo Ejército como se desprende, especialmente de las diligencias obrantes a folios: 99 y siguientes; 100 y siguientes; 104 y siguientes; 211 y siguientes; 83 y siguientes del cuaderno 2; 24 frente cuaderno 2. Y como si fuera poco, la providencia emanada de la Alcaldía el día 30 de julio de 1980 ordenando el lanzamiento de un buen número de familias previas las consideraciones que allí aparecen, constatable en la parte final del cuaderno número 2. Del mismo tenor el dictamen de los peritos a folio 196 frente cuando textualmente contestaron al punto G) que sí se prestó protección a los dueños del terreno y que no se pudo continuar impidiendo la invasión por falta de colaboración de la Policía Nacional. Debe destacarse también la conminación con multa pecuniaria a numerosas personas para que se abstuvieran de continuar con los banqueos, demarcaciones y construcciones.

"Vale la pena transcribir igualmente la síntesis del apoderado judicial realizada en su alegato de conclusión y referente a este punto:

"1. El actor carece de legitimación en la causa.

"2. En caso de que la tuviera, la falla en el servicio obedeció a culpa de la víctima, por no ejercer la posesión sobre el inmueble y tratar de ejercerla cuando otros ya tenían la posesión, o por haber propiciado las subsiguientes invasiones autorizando la venta de lotes a través de terceras personas (folio 211 declaración de Darío Londoño Cardona, folio 24 cuaderno dos, declaración de Luis Carlos Alvarez Correa).

"3. En caso de que el actor tuviera legitimación en la causa, la falla en el servicio obedeció a la intervención de terceros: ...

"a) Lo manifiesta el demandante a folio 4 de la demanda '...empezaron a sucederse invasiones inicialmente reducidas y posteriormente más grande para terminar en invasiones masivas de tugurieros, *capitaneados por los empresarios* especializados...' (las subrayas son mías);

"b) La Nación, no prestó la colaboración a través de su fuerza pública.

"4. Propongo la excepción de caducidad de la acción, conforme al artículo 28 del Decreto 528 de 1964, por haber transcurrido más de

tres años de producida la omisión por parte del Municipio. Así lo ha entendido la jurisprudencia y entre los fallos más recientes merece destacarse el proferido en agosto 18 de 1982, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, por la Sala del Consejo de Estado..."

"*Tercero:* A todo lo anteriormente expuesto es indispensable agregar la relatividad de que está rodeada la responsabilidad de las entidades estatales y mas cuando son acusadas por omisión. Dicha responsabilidad está condicionada a la existencia de múltiples circunstancias que deben ser suficientemente probadas para que se configuren los presupuestos procesales indispensables que llevan a establecer la verdadera responsabilidad de la Administración. Y en el caso que nos ocupa del análisis de dichos presupuestos procesales sólo se desprende perplejidad e incertidumbre. El demandante no sólo erró de jurisdicción y se quedó corto en cuanto a la carga de la prueba, sino que forzadamente trató de establecer una relación de causalidad entre los hechos, los posibles perjuicios y la entidad demandada.

"Recabando en las juiciosas reflexiones del Ministerio Público y del apoderado judicial del Municipio de Medellín en la primera instancia reitero mi solicitud para que se despache desfavorablemente las pretensiones de la demanda o se declare la caducidad de la acción en el caso de que no se mantenga el fallo de primer grado aquí tantas veces aludido" (fls. 307 a 312, cuaderno número 1).

IV

Vista fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen, en su concepto fiscal visible a folios 320 y siguientes del cuaderno número 1, hace las siguientes *consideraciones:*

"Para la prosperidad de las acciones indemnizatorias tendientes a declarar la responsabilidad del Estado, se ha exigido por la jurisprudencia la demostración de los siguientes elementos axiológicos:

"1. Una falta o falla del servicio a cargo de la administración.

"2. Un daño cierto y determinado.

"3. Una relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño ocasionado.

"Estudiado el acervo probatorio del presente proceso se encuentran demostrados los siguientes hechos:

"a) La propiedad de la demandante sobre el inmueble denominado 'El Salado' con matrícula inmobiliaria número 001-0193372 de diciembre 6 de 1978, según se infiere de la copia de la partición debidamente registrada, visible a los folios 272 y siguientes cuaderno 1 y del certificado de tradición que se encuentra al folio 316 del citado cuaderno;

"b) Que el inmueble de propiedad de la demandante fue invadido por tugurieros quienes construyeron sus ranchos ocupando la totalidad del terreno, según lo demuestran las declaraciones recibidas dentro del proceso de Guillermo Antonio Arenas (fls. 96 y ss., cuaderno 1), José Antonio Vallejo (fls. 98 y ss., cuaderno 1), Carlos Ignacio Castrillón (fls. 100 y ss., cuaderno 1) y en la copia de la diligencia de inspección judicial (fls. 181 y ss., cuaderno 1);

"c) El doctor Jorge Arroyave en su calidad de heredero de la sucesión de Juan M. Arroyave, adelantó numerosas diligencias ante las autoridades pidiendo protección para el terreno y solicitando se impidieran las continuas invasiones; fue así como se presentó una demanda de lanzamiento por ocupación de hecho ante el Alcalde Municipal de Medellín (fls. 45 y ss., cuaderno 1), la investigación de la Procuraduría Regional de Medellín (fls. 68 y ss., cuaderno 1), solicitud al Inspector de Control de Obras y Ornato (fl. 54, cuaderno 1), al Inspector Sexto Municipal (fl. 56, cuaderno 1), al Secretario de Gobierno Municipal (fls. 59 y ss., cuaderno 1), al Personero Municipal de Medellín (fl. 62, cuaderno 1);

"d) La administración municipal a través de las oficinas de la Secretaría de Gobierno, Inspección de Control de Obras y Ornato dio trámite a las solicitudes presentadas por la familia Arroyave en la siguiente forma:

"En enero 14 de 1980 se ofició al Comandante III Estación de Policía con el objeto de solicitarle vigilancia permanente en la parte alta del barrio 20 de Julio mientras existía la invasión (fl. 26, cuaderno 3).

"Desde mediados de enero del mismo año se inició la protección que usualmente ofrece la Policía lográndose una evacuación masiva a varios de los invasores, se suspendieron ejecuciones de banqueos, se erradicaron tugurios y se solicitó a la familia Arroyave que en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 351 del 10 de julio de 1979 *cercara con ladrillo* los predios de su propiedad (se subraya).

"Se hicieron además varias incursiones, se desbarataron ranchos, se amonestó a los perturbadores, se retuvieron personas por asonada, etc. (fls. 24 y ss., cuaderno 3);

"e) En numerosas ocasiones se solicitó, por parte de la Secretaría de Gobierno vigilancia a los Comandos de Policía para el terreno invadido, según se observa de los diferentes oficios que obran a folios 26, 34, 35, 36, cuaderno 3;

"f) Que la Central Nacional Provivienda Sección Antioquia envió una comunicación al Alcalde Municipal de Medellín mediante la cual le pone en conocimiento que el día 20 de marzo de 1980 se hizo presente un grupo de agentes de la Inspección de Ornato y Control de Obras en compañía de unos uniformados quienes procedieron a sacar violentamente a las familias de los ranchos incluyendo señoras embarazadas y destruyendo más de 10 ranchos. Ante el reclamo de las familias los agentes sacaron sus armas de dotación oficial e hicieron varios disparos, por lo cual le solicitaron su intervención para evitar que suscesos como estos se repitan con el consecuente peligro que representan (fl. 43, cuaderno 3);

"g) Que en Concepto de la Procuraduría Regional de Medellín, las autoridades municipales para defender estricta y cabalmente las propiedades que fueron objeto de invasión, tienen no sólo que recurrir a la fuerza, sino inclusive y muy posiblemente a cegar vidas humanas, pues es tal la presión social sobre esas tierras invadidas, que sólo haciendo uso de las armas, han podido en parte contener la invasión (fl. 69, cuaderno 1).

"De los hechos demostrados se concluye que el problema de la invasión al terreno de la señora Valencia de Arbeláez, fue atendido por las autoridades municipales dentro de los parámetros administrativos que les era permitido actuar; tanto la Alcaldía, donde se tramitaron las demandas por la invasión y por ocupación de hecho, como en las dependencias de la Secretaría de Gobierno e Inspección de Control de Obras y Ornato se dio trámite a las diferentes solicitudes presentadas para obtener solución al grave problema de la invasión; las autoridades municipales profirieron decisiones administrativas ordenando la protección, el desalojo y solicitaron la colaboración de la Policía para proceder de hecho, llegando hasta destruir ranchos, a desalojar a los invasores y utilizar las armas.

"No se encuentran pruebas en el expediente que permitan afirmar que las autoridades municipales se negaran a prestar la debida protección o a cumplir con las funciones asignadas; si bien es cierto que el terreno fue completamente invadido, no puede señalarse como causa directa del problema a la inoperancia de las autoridades por cuanto su acutación estuvo cumplida hasta donde sus probabilidades lo permitían, sin encontrarse por ello una falla o falta en la prestación del servicio público.

"El problema de la invasión es un problema de orden social que desborda completamente el ámbito de acción de las autoridades administrativas municipales; absurdo sería exigir que en aras de amparar la propiedad de un inmueble, se recurriera a la fuerza pública para solucionar el problema social estando de por medio más de 8.000 personas que tendrían que sacarse con la fuerza utilizando armas y ocasionando con seguridad la muerte de muchas de ellas.

"La falla o falta del servicio se configura cuando los agentes de la administración incurren en procedimientos inadecuados en cumplimiento de sus funciones que conllevan a ocasionar un daño, o cuando omiten el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo que desempeñan. En el presente caso no se presenta ninguna de las dos situaciones porque como ya se dijo, los funcionarios desarrollaron las actividades propias de sus cargos administrativos por lo cual no se presenta ninguna irregularidad en la actuación que pueda calificarse de falla del servicio. Debe destacarse que una vez que las autoridades lograron controlar la situación en el año 1979 y habiéndosele recomendado a los interesados que cercaran el terreno, éstos no lo hicieron. La anterior medida hubiera sido de gran importancia para evitar que la situación se repitiera. Hay que destacar que el deber de defender la propiedad radica primordialmente en aquel que se dice dueño y no en las autoridades, quienes en un momento dado únicamente deben prestar su colaboración.

"Por lo expuesto este despacho considera que en el caso analizado no fueron demostrados los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad del Estado y en consecuencia solicita al honorable Consejo de Estado, revocar el fallo apelado y en su lugar negar las súplicas de la demanda" (fls. 320 a 324 cuaderno 1).

V

Consideraciones de la Sala:

A) Como el apoderado de la parte demandada propuso la excepción de *caducidad,* respecto de la cual el *a quo* hizo algunas consideraciones que ameritan ser complementadas la Sala procede a ello, recordando que ella fue sustentada así:

"Propongo la excepción de caducidad de la acción, conforme al artículo 28 del Decreto 528 de 1964, por haber transcurrido más de tres años de producida la omisión por parte del Municipio... La prueba del día de la iniciación de las omisiones son:

"A) El demandante a folios 4 de la demanda sostiene que las invasiones comenzaron a sucederse cuando se estaba tramitando el juicio de sucesión, y el juicio se terminó el día 8 de septiembre de 1978 (ver fls. 36 fte.);

"B) A folio 18 del cuaderno dos, se da cuenta que en junio 14 de 1978 se radicó el expediente 257 sobre lanzamiento por ocupación de hecho y en julio 10 de 1978 se radicó el expediente 328 por la misma causa.

Como se ve transcurrieron más de tres años, puesto que la demanda se presentó el 12 de diciembre de 1981".

La excepción no está llamada a prosperar porque lo que pretende el apoderado de la parte actora es que se indemnice a su poderdante por la totalidad de los perjuicios recibidos por haber omitido las autoridades del Municipio de Medellín "...el amparo solicitado oportunamente para poner fin a las invasiones que se sucedieron por tugurios...". Esta perspectiva jurídica se precisa mejor en el literal d) de la causa *petendi,* cuando se agrega: "...inició desde el año de 1979 algunas querellas de policía, en las que aparecen los ocupantes de hecho en forma anónima... Algunas querellas de éstas fueron propuestas ante el Inspector de Obras... otras fueron propuestas ante el señor Alcalde de Medellín, el que comisionó a la Inspección Sexta de Policía (San Javier) *para realizar la diligencia de lanzamiento, las que no se efectuaron... En las dos primeras aunque se dispuso el lanzamiento, éste no se efectuó a causa de que los Inspectores comisionados con cualquier pretexto se desatendían de la orden y dejaban transcurrir los términos sin hacer ninguna actuación para practicar el lanzamiento; a tal extremo se llegó, lo que no puede llamarse en otra forma que cinismo, que uno de los Inspectores, para no practicar la diligencia de lanzamiento, justificó su negativa con un oficio, uno de cuyos apartes me permito transcribir: Cumpliendo la comisión que me encomendó la Alcaldía visité los terrenos donde se presenta-*

ron los problemas de la invasión pero allí hablé personalmente con sus propietarios Juan N. Arroyave V., quien me manifestó que arreglaría con los invasores (Oficio núm. 127 de diciembre 27 de 1979). El señor Juan N. Arroyave había muerto desde el día 10 de abril de 1974, por lo cual la querella fue iniciada por sus herederos y ni siquiera el Inspector se percató de esa circunstancia, para aseverar semejante falsedad..." (Subrayas de la Sala).

Dentro del marco anterior la Sala encuentra que las dos querellas que culminaron con resolución de lanzamiento son las números 714 de 1979 y 158 de 1980, como se desprende de la documentación que el señor Secretario de Gobierno del Municipio de Medellín envió con destino a este proceso con el Oficio número 615 de 3 de junio de 1982. Las providencias respectivas tienen fecha siete (7) de enero de 1980 y treinta (30) de julio del mismo año. Es a partir de esos momentos, en el tiempo físico, que empieza a contarse el término de la caducidad, pues el daño, de haberse producido, tendría como única causa el no haberse cumplido la orden dada por la autoridad policiva. Como la demanda fue presentada el día doce de diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), es evidente que el término de tres años, que entonces regía, no se había consumado cuando se instauró la acción. Por ello la excepción no prospera.

B) Dentro del proceso quedaron probadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

Primera. Que por medio de la Escritura Pública número 950 de 22 de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), pasada ante el señor Notario Tercero del Circuito de Medellín, el señor Juan N. Arroyave G., compró a la señora Carmen Emilia Gambas de Sierra, una finca rural, situada en ese municipio, en el corregimiento de "La América", en el punto denominado "El Salado", cuyos linderos se precisan en la cláusula primera de la misma. Al pie del referido título aparecen los sellos de rigor estampados por la Oficina Principal de Registro de Instrumentos Públicos, de cuya lectura se desprende que el registro se hizo el día cinco (5) de abril de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) en el Libro I Pares, Tomo 2º, Folio 202 Número 1461. Matrícula número 232 al 237 folio 261 al 269. Tomo 46.

En la citada escritura se alindan seis lotes, precisando bien la cabida de los enlistados bajo los literales b), c), d), e) y f) que es en su orden, respectivamente de: 2.000 varas; 1.530 varas; 2.814 varas; 8.375 varas y 1.876 varas, pero dejando sin indicar la correspondiente al lote que se determina en el literal a). Se deja constancia, sí, de que: "*Los lotes anteriores están marcados con amarillo en el plano levantado por el ingeniero a Londoño Greiffenstein que se protocoliza justamente con esta escritura, y plano que comprende la totalidad de la finca, especialmente la descrita en la letra a) anterior*" (subraya de la Sala). (Cuaderno número 1, fl. 266). Respecto de este inmueble, no obra en el informativo el certificado de tradición ni el plano a que en antes se hizo referencia.

Segunda. Que dentro del proceso de sucesión del señor Juan Nepomuceno Arroyave García, tramitada ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín, se adjudicó a la cónyuge sobreviviente, señora Josefina Valencia Restrepo de Arroyave, el inmueble anterior,

el cual fue dividido en veintitrés manzanas (23), cada una de ellas compuestas por varios lotes, con sus respectivas matrículas inmobiliarias. Fuera de lo anterior, quedaron alindados por separado, con sus respectivas matrículas, *cinco globos de terreno*, el último de los cuales tiene la matrícula 001-0193372 y es el que el apoderado de la parte actora alinda en la demanda, y, por lo mismo, el único que se puede tener en cuenta para hacer las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas orientadas a desatar la litis.

Al folio 242 del cuaderno número 1 aparece el certificado de tradición, expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ciudad de Medellín, con fecha siete (7) de mayo de 1984.

Tercera. Que del lote con matrícula 001-0193372, la señora Josefina Valencia Restrepo de Arroyave, vendió un lote con una cabida de 204.80 metros cuadrados a Ossa Pérez Luis Felipe, por medio de la Escritura número 1328 registrada el 29-09-82 y otro a la firma "Sucesores Nicholls Vallejo Ltda.", por Escritura número 1417 de 30-09-83, pasada ante el señor Notoria Dieciséis de Medellín, sin que en el certificado de tradición que indique la cabida de lo vendido (Ver certificado de tradición, fl. 242, cuaderno número 1).

Cuarta. Que por providencia calendada el día siete (7) de enero de mil novecientos ochenta (1980), originaria de la Alcaldía Municipal de Medellín, se decretó el lanzamiento de: "...María Luz Zapata, Eduardo Murillo, Gloria Gómez, Guillermina N.N., Saúl Antonio Ceballos y Juvenal Jiménez, mayores de edad, del inmueble situado en esta ciudad en la parte alta del barrio 20 de Julio, sector de la Colina, cuyos linderos se especifican en la demanda...", los cuales coinciden en su literatura con los que aparecen en la Escritura número 950 de 22 de mayo de 1945 (cuaderno número 2, fl. 125).

Del texto de la citada providencia se desprende que el querellante formuló su demanda con apoyo en la preceptuado en la Ley 57 de 1905, y en el Decreto 992 de 1930. Por lo que hace relación al inmueble, y el detalle es de interés en la definición de este asunto, los linderos que se indicaron en la demanda corresponden, en su literatura, a los que están en la Escritura número 950 de 22 de marzo de 1945, a que se hizo referencia en el punto primero de este literal.

Está demostrado, igualmente, que para la práctica de la diligencia de lanzamiento se comisionó al Inspector Sexto Municipal de Medellín, quien por auto de 17 de enero de 1980, dispuso:

"Previa notificación a los demandados, cúmplase la comisión impuesta por la Alcaldía de Medellín, y para ello se fija como fecha el próximo veintidós (22) de enero a partir de las ocho de la mañana (8:00 a.m.) (cuaderno número 2, fl. 128). Al folio 132 del mismo cuaderno aparece luego otra providencia del mismo funcionario, calendada el día veinte de febrero de mil novecientos ochenta, en la cual '...fija la fecha del 11 de marzo a las 10 a.m. para llevar a cabo la diligencia comisionada'".

Al folio 133 aparece una constancia del mismo funcionario, fechada el día once de marzo de mil novecientos ochenta, en la cual textualmente se lee:

"El suscrito Inspector [illegible] de la fecha marzo 11 de 1980, no ha sido posible [illegible] lanzamiento decretado por el auto anterior, por cuanto los predios aledaños a los terrenos donde debe efectuarse la diligencia, y que son propiedad de los mismos demandantes en este lanzamiento, se ha presentado una invasión de grandes proporciones, que según informes policivos se inició desde el pasado domingo 9 de marzo. *Esta situación hace inconveniente practicar este lanzamiento, por razones de orden público, por lo que deberá fijarse nueva fecha, de acuerdo a como se presenten las circunstancias*" (cuaderno número 2, fl. 133).

Finalmente, obra al folio 137 del mismo, otra providencia del Inspector Sexto Municipal de Policía, calendada el día diez de octubre de mil novecientos ochenta, en la cual se lee:

"Para que tenga lugar la diligencia de lanzamiento decretada por la Alcaldía de Medellín mediante la Resolución anterior se señala el próximo 14 de noviembre a partir de las 8:00 a.m.; para ello se deberá notificar, previamente a los demandados, tanto la Resolución de la Alcaldía como la fecha y hora señaladas para efectuar la diligencia".

Quinta: Que por providencia calendada el día treinta (30) de julio de mil novecientos ochenta (1980), originaria de la Alcaldía Municipal de Medellín, se decretó el lanzamiento "...de José Manuel Quiroz, Claudia Benjumea, Luis Ibarra, Miriam Vásquez de A., Gustavo Echeverri, María Gómez, María Montoya, Hernán Ruiz G., Iván Serna, Bernardo Cardona, Susana Escobar, Fabio Gaviria, Gloria Patiño, Mariela Soto, Miguel Ortiz, Tomás Roldán, Abel Arango, Hernando Rico G., Gilberto Pérez, Martha Londoño, Celmira N., Gustavo Sabas, Pedro Julio González, José Darío González, Jairo Tobón Lopera, Darío N., Bertha N., Emilia Cardona, Martha Rodríguez, Omaira Gómez, José Murillo, Omar León Cardona, Libardo Gómez, Nora Taborda, Luz Dary Arango, Pedro Gutiérrez, Luis Montoya, Rosa N., Orfilia Mejía, Jorge Usuga, Gustavo Velásquez, Mario Silva, Graciliano Peña, Javier N., Héctor Vélez, Gustavo Valdez, Lía Ramírez, Carmen Valencia, Miguel Restrepo, Socorro N. N., José García, Octavio Durango, Argemiro Alvarez, Ofelia N., Hernando Vinasco, Lucina Alvarez, María Céspedes, Fanny Castrillón, Rogelio Vásquez, Ignacio Vélez, Manuel Salvador Ortiz, Emilio Henao, Graciela Higuita, Luis A. Villa, Blanca N. N., Bertha Pinedo, Pablo Vargas, Mario Restrepo, María Ruiz, Consuelo Restrepo, Belén Barbosa Navarro, Rosa Sepúlveda y María Abalo".

Dentro de este proceso reposan los poderes del demandante que se recogen en la referida providencia calendada en su literatura con los que aparecen en la Escritura 930 de 22 de marzo de 1976, tantas veces citada.

Para la Sala es de [illegible] la diligencia que el día de la referida providencia aparece un [illegible] de octubre de 1980 por el Inspector Sexto Municipal de Policía, en el cual se lee:

"Cúmplase lo dispuesto por la Alcaldía de Medellín en la Resolución anterior, en consecuencia notifíquese de la providencia a los demandados y practíquese el lanzamiento por ocupación de hecho";

C) Dentro del marco probatorio anterior la Sala encuentra que el inmueble que se alinda en las providencias originarias de la Alcaldía de Medellín, de siete (7) de enero de 1980 y treinta (30) de julio del mismo año, que ordenaron el lanzamiento de las personas que en antes se relacionaron, no es el mismo que se determinó en la demanda. El primero es el que se precisa en la Escritura número 950 de 22 de marzo de 1945, del cual se sacaron 23 manzanas, cada una de ellas dividida en lotes, con sendas matrículas, y cinco globos de terreno, uno de los cuales, el matriculado bajo el número 0010193372, es el que da lugar a que la actora impetre el pago de "...la totalidad de los perjuicios de todo orden que por omisión le han causado las autoridades municipales de Medellín, al no atender sus peticiones, quejas y querellas en que ha solicitado reiteradamente protección para sus bienes, sin haberlo logrado por omisión manifiesta de las autoridades...", como se lee en el *"petitum"*. Así las cosas, resulta imposible para el sentenciador saber, pues no fue probado, que los ocupantes a que se refieren las providencias de lanzamiento, dictadas dentro de los expedientes números 714 de 1979 y 158 de 1980, estaban ubicados precisamente dentro del globo de terreno a que hace referencia la demanda. Sobre este particular el experticio que obra a folios 193 y siguientes del cuaderno número 1 no arroja ninguna luz. Por el contrario, al hablar y avaluar un área de 427.859.20 metros cuadrados, y al precisar que fue comprada por medio de la Escritura número 950 de 22 de marzo de 1945 deja la convicción clara de que tuvieron en consideración, para hacer su trabajo, toda la cabida que se alinda en ésta, olvidando que han debido limitarse sólo al globo con matrícula 001-P193372. La incertidumbre aumenta de tono cuando se aprecia la parte pertinente del dictamen en la cual se indica que, después de recorrer todo el terreno, estiman: "...que el número total (casas y tugurios) *es de cuatro mil aproximadamente, por cuanto la contabilización de ellos es absolutamente imposible, dado el desorden en que están construidos*", olvidando que las personas cuyo lanzamiento se ordenó, en total, sólo llegaba a setenta y nueve (79). Llama igualmente la atención que, predicando la actora que no se le dio la protección de ley para defender el predio que se alinda en la demanda, haya vendido, después de presentada ésta, los dos lotes, a que se hace referencia en el certificado de tradición que obra al folio 242 del cuaderno número 1, desgajados del mismo. Así las cosas, lógico es concluir que dentro del proceso no se demostró la identidad del inmueble que se determina en la demanda, con el que aparece en las providencias de lanzamiento, circunstancia que *per se* hace imposible la prosperidad de la acción;

D) Para darle fuerza de convicción a la sentencia la Sala destaca, igualmente, que dentro del expediente policivo número 714, el Inspector Sexto Municipal de Policía por auto calendado el día diecisiete de enero de mil novecientos ochenta, señaló el día 22 de enero a partir de las ocho de la mañana, para llevar a cabo la diligencia de lanzamiento. Luego, por auto de veinte de febrero del mismo año, volvió a señalar para el once (11) de marzo de las 10 a.m., diligencia que no se llevo a cabo porque se consideró inconveniente "...practicar este lanzamiento por razones de orden público...", agregándose allí que posteriormente se fijaría nueva fecha para tal fin, "...de acuerdo a como se presente las circunstancias". Finalmente, en octubre diez de

1980 se vuelve a señalar —fecha para el 14 de noviembre—, sin que en el momento en que el sentenciador falla sepa si esa diligencia tuvo lugar o no, si los interesados se hicieron presentes para su práctica etc., etc.

Por lo que hace relación al expediente policivo número 158 se tiene que por auto calendado el día nueve de octubre de 1980 se señaló también el 14 de octubre para llevar a cabo la diligencia de lanzamiento, ignorando también el sentenciador si ella tuvo lugar o no. Así las cosas, la Sala reitera la perspectiva jurisprudencial que se recoge en sentencia de doce de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), Expediente número 3755. Actor María Medina de Galue. Consejero ponente doctor José Alejandro Bonivento, en la cual se lee:

"3. Se encuentra así demostrado en forma fehaciente la exigencia de la providencia emanada de la entidad demandante, cuya omisión en su cumplimiento ha sido señalada por la actora como causa de los perjuicios que hoy reclama. Pero es necesario establecer previamente, si para la actuación de la administración se requería o no la petición del interesado.

"Los principios recogidos por el estatuto procedimental civil consagran para los jueces amplias facultades oficiosas de ordenación, adecuación e impulsión del proceso, cambiando su papel de mero árbitro por el de director del mismo. En la forma establecida por el artículo 37, señalando demás los deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados, entre los que se cuenta el de colaboración en la práctica de pruebas y diligencias, con señaladas consecuencias para la renuencia en su cumplimiento (ordinal 6º, artículo 71 *ibidem*).

"En el asunto que ocupa la atención de la Sala se demostró que el Inspector Sexto de Policía de Santa Marta, en cumplimiento de la Comisión conferida por la Alcaldía Mayor de la misma ciudad, señaló fecha y hora para la práctica de la correspondiente diligencia, mas no se estableció que la parte interesada hubiera acudido el día y hora señalados con tal efecto (fls. 17 y 59). No se pueden extender los poderes inquisitivos de los funcionarios hasta el extremo de exigírseles la práctica de diligencias, si las partes no concurren a trasladarlos al sitio donde deben practicarse, y en el *sub lite* no se demostró que la parte se hubiera hecho presente con tal fin, a pesar de la afirmación en contrario que contiene la demanda en el hecho 6º en el sentido de que a pesar de los requerimientos hechos al Municipio de Santa Marta, éste se ha negado a hacer efectiva la sentencia de 28 de septiembre de 1978.

"Esa conducta, evidentemente pasiva, de quien ahora reclama perjuicios por la negligencia de la administración, impide la declaratoria de responsabilidad, por cuanto a juicio de la Sala, es necesaria, la petición para la actuación del Estado, entendiendo que la responsabilidad no es absoluta o incondicional, sino que es relativa, y condicionada a determinadas circunstancias, entre las cuales una de las más importantes es la solicitud, para que la administración actúe en determinado sentido para la protección del ciudadano, según antecedentes jurisprudenciales de la Corporación que en reciente fallo dijo al respecto:

"En la concepción de derecho público, sobre responsabilidad extracontractual, liberada del sometimiento a las normas del Código Civil que rigen las relaciones privadas, es decir, dentro de la teoría autónoma de la falta o falla del servicio, es clara, sin duda con mayor fundamento, la afirmación de que las entidades estatales son responsables por omisión pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa, condicionada, a la existencia de determinadas circunstancias, solicitud expresa de intervención dirgida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No se puede, pues, predicar omisión, generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

"Con razón escribió Charles Rousseau en su Teoría General de la responsabilidad en Derecho Administrativo: Reconocer que el servicio público, al no funcionar, puede cometer una falla, equivale a decir que está obligado a obrar, y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción.

"Como es obvio, pero que esa posibilidad de configuración de la falta de servicio se convierta en real, es indispensable la existencia de la obligación de actuar, de tal manera que si la ley ha reglamentado el procedimiento en determinada materia, con la exigencia de la querella para que se ponga en movimiento la administración a través del funcionario respectivo, resulta ineludible el formal requerimiento pues de lo contrario no surge la obligación y sin ésta tampoco aparece el primer elemento axiológico de la responsabilidad extracontractual o sea la falta administrativa".

"Quiere precisar la Sala que, la pasiva actitud asumida por la interesada en la práctica de la diligencia por el funcionario comisionado, impide la prosperidad de sus pretensiones, dejando a salvo las acciones que la ley concede para la efectividad de sus derechos. La manifestación de la demandante, se repite, de haber sido reiterada la exigencia en el cumplimiento de la providencia no encuentra ningún respaldo probatorio en el plenario. Entonces no se puede decir que hubo falta o falla del servicio, por cuanto no basta el simple cumplimiento de la providencia sino que debe haber una expresa negación de la administración de no cumplirla frente a la solicitud del administrado";

E) Dentro del informativo obra el texto de una demanda de lanzamiento presentada ante el señor Inspector Municipal de Policía de Medellín, el día 10 de noviembre de 1981, esto es, dos días antes de que se formulara la demanda que ahora se falla, y numerosos escritos, unos dirigidos al señor Alcalde de Medellín, y otros al Inspector de Control de Obras, al Secretario de Gobierno Municipal, al Personero Municipal de Medellín, al Procurador Primero Regional, en todos los cuales se impetra, por parte del señor Jorge Arroyave, en su condición de heredero dentro de la sucesión del señor Juan N. Arroyave, que se le dé la protección necesaria tendiente a evitar la invasión de tierras de propiedad de ella en el barrio 20 de Julio. Pero es lo cierto que dentro del proceso no se acreditó que la querella

hubiese sido fallada y que la decisión de lanzamiento hubiese sido desconocida por las autoridades dando lugar a la responsabilidad del Municipio de Medellín por omisión en el cumplimiento de la misma. La desatención que la autoridad haya prestado a los simples requerimientos, solicitudes, etc., si bien censurable desde todo punto de vista, no alcanza a tener el mérito de comprometer la responsabilidad de la administración en situaciones como la del *sub lite*, pues el derecho subjetivo de propiedad debe reclamarse a través de las acciones, ora policiva, ora posesoria, ora reivindicatoria, según el caso, y es el fallo respectivo, el que debe ser objeto de oportuno cumplimiento por parte de la autoridad. Si no lo hace, sin razones atendibles, compromete la responsabilidad del ente público por omisión en la tarea que le fue encomendada. Pero si de este modo lo asiste la razón al Inspector de Permanencia de Control Obras, cuando al rendir informe al Secretario de Gobierno Municipal, el día 18 de abril de 1980, le manifiesta:

"Consideramos doctor Londoño, que la causa de esta invasión como todas las demás que se han presentado dentro de la propiedad de los herederos del difunto 'Cheno Arroyave', es producto: 1º...2º A no haberse instaurado oportunamente sus respectivas demandas sobre *'lanzamiento por ocupación de hecho' en más de una ocasión se les hizo saber que esta Oficina carecía de normas para destruir tugurios de hecho, en otros términos que presentaran la acción administrativa y por escrito ante la Alcaldía Municipal. Parece que los señores Arroyave lo que han pretendido es no hacer inversiones en gasto de abogado y que este despacho, no sin antes incurrir en flagrante violación de ley penal, les solucione el problema...*" (cuaderno número 2, fl. 15);

F) La Sala ha venido observando, a través de procesos de naturaleza parecida a la del *sub lite*, que empieza a abrirse paso una filosofía de no derecho, consistente en que tanto el Estado como los particulares consideran que la vía más adecuada para resolver los problemas públicos y particulares, es el dejar que se creen las situaciones de hecho para que se resuelvan en derecho por los jueces, a través de sus respectivos fallos. No se hace reforma agraria ni urbana, pero de hecho la misma clase política patrocina las invaiones; no se allanan los particulares a cercar sus predios, pero se lamentan de que sean invadidos. No se instauran las querellas policivas o los juicios posesorios o reivindicatorios, para hacer defender la propiedad privada, pero se abriga la esperanza de que el Estado pague el valor del inmueble con las filosofías jurídicas que inspiran el Derecho Administrativo. Dentro del proceso no se acreditan los supuestos jurídicos y fácticos en que se apoya la demenda, pero se aspira a una decisión favorable. Como al final no se obtiene, por vacíos inexcusables, viene el enjuiciamiento de la administración de justicia, como si ésta pudiera atender todos los frentes; el de la administración, el del litigio y el de la justicia. Si se hace este enjuiciamiento es porque en el caso en comento hay prueba cuyo alcance preocupa. Así, por ejemplo, al folio 211 del cuaderno número 1 está el testimonio del doctor Darío Londoño Cardona, quien se desempeñaba como Secretario de Gobierno por la época en que se registraron las invasiones, y dice:

"Recuerdo, también de este caso que se pudo detectar que *el mecanismo de invasión al parecer había sido montado por personas*

con vinculación con los dueños de los terrenos, quienes venían vendiendo los lotes desde antes y cobrando cuotas todo ello con violación de las normas vigentes y sin la necesaria autorización de la Superintendencia Bancaria. Recuerdo también que la Procuraduría General por intermedio del Procurador Delegado para este Departamento conoció de estas diligencias puesto que no sólo el Secretario de Gobierno sino tal vez el Alcalde de la época, y algunos inspectores fuimos investigados en nuestra conducta por una eventual denegación de justicia según planteamientos de los dueños de esos terrenos *y que la propia Procuraduría nos exoneró de responsabilidad no solamente por haber sido diligente sino por haber obrado conforme a derecho, lo que no habían hecho los propietarios de los terrenos...*" Lo expuesto por el deponente encuentra respaldo en la providencia de la Procuraduría Primera Regional de 23 de junio de 1980 (cuaderno número 3, fl. 53), donde se lee:

"El doctor Jorge Arroyave Valencia, abogado en ejercicio, solicitó la intervención de esta Regional ante las autoridades municipales, tendientes a obtener de estas que le presten la debida atención al caso planteado por el citado profesional ante la Alcaldía Municipal de Medellín, ya que se trata de 'una invasión a terrenos de propiedad de la familia Arroyave Valencia', ante lo cual dice el quejoso que ha existido por parte de las autoridades una marcada negligencia.

"Adelantadas las averiguaciones pertinentes, este Despacho estableció que las autoridades municipales encargadas de atender esta clase de problemas que son sucesivos, por múltiples razones, en todo momento han estado atentas a tratar de solucionarlos, dentro de las limitaciones inherentes. En síntesis, de la documentación allegada al plenario se colige que no hay base para proseguir la actuación y, por ende, de una vez se dispone archivar las diligencias, previas las anotaciones correspondientes".

Al folio 113 del cuaderno número 1 aparece el texto del Acta número 72, correspondiente a la sesión ordinaria del Concejo de Medellín, que tuvo lugar el día 14 de abril de 1980, en la cual se trató el asunto relacionado con la invasión en el barrio 20 de Julio, en la cual intervino la concejal Yolanda Cock de Tamayo, quien en lo sustancial de su exposición dijo:

"A este barrio acudieron no personas que carecen de vivienda o de tierra sino muchos que tienen terrenos y propiedades en otros barrios de la ciudad, y esto es fácilmente constatable.

"Desgraciadamente tienen la asesoría de la división de acción comunal, porque el promotor de acción comunal, William Espinosa, tuvo la osadía de asistir al barrio 20 de Julio para decir que iba en nombre de la administración municipal a dar posesión de la tierra a todos los que allí estaban, porque mientras el doctor Bernardo Guerra Serna estuviera en la Alcaldía todo el mundo tenía derecho a tener tierras y techo";

G) Dentro de la filosofía del no-derecho encuadra también la afirmación del apoderado de la parte actora, recogida en el alegato ante el *ad quem*, en uno de cuyos párrafos destaca:

... diciembre de 1981, *ante la imposibilidad real, económica y jurídica de promover ocho mil o más procesos reivindicatorios (que le ocasionarían grave trauma de funcionamiento a la justicia de Medellín y secundariamente a la de Bogotá), se promovió la demanda que ahora es objeto de decisión por parte de la Sala, en vía de apelación, porque la sentencia de primera instancia fue de carácter inhibitoria*" (Subraya la Sala).

Esta confesión, da pie a la Sala para recordar que la jurisdicción ... administrativo no fue creada para servir de alternativa a los particulares, esto es, para permitirles optar ora por ella, ... como si en la intención del legislador se hubiesen ... consideraciones marginales, dentro del marco descrito ... La tesis de éste no es de recibo, pues las esencias ... no pueden ser manejadas al capricho de las personas ni de ... Derecho las cosas son como son, y no como ... hubiese querido que fuesen.

... glosado, sin embargo, ha sido de interés para la Sala ... ción de la conducta humana, pues le ha permitido ... intención de la parte demandante, para llegar a ... que, examinada la demanda desde distintas perspectivas, ella no estaba llamada a prosperar;

... de pedagogía jurídica y judicial la Sala recuerda ... que, al no haber encontrado probado el derecho de dominio ... demandante, su decisión ha debido ser denegatoria de las súplicas de la demanda, pues en el fondo lo que hizo falta fue un ... de la pretensión y no del proceso. Subsanada la deficiencia ... ante el *ad quem*, éste precisa que si se limita a ... providencia impugnada, es porque es consciente de que ... recurso de apelación no puede hacer más onerosa la ... apelante.

... lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo ... Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia ... República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

... la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo ... el día veintiuno (21) de marzo de mil novecientos ... (1984), por medio de la cual se declaró inhibido para ... decisión de fondo.

... ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal ... origen.

... notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

... Uribe Acosta, Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango, ... Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

... Vivale, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR FALLA DEL SERVICIO.

a) Presupuesto;

b) No presunción de culpa ni de responsabilidad;

c) Objetividad de la falla;

d) La culpa, su enfoque dentro de la perspectiva del Derecho Público;

e) Coexistencia de la culpa personal del agente con la falla del servicio. Valoración de las pruebas trasladadas al proceso penal. Aquí reiteración jurisprudencial de los fallos del 10 de abril de 1986 y 15 de febrero de 1969 y 22 de mayo de 1987 y octubre 10 de 1986.

FALLA DEL SERVICIO. SU PRUEBA MEDIANTE LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA DICTADA CONTRA EL AGENTE DE LA ADMINISTRACION.

EL VALOR DEMOSTRATIVO DE LAS COPIAS DE LA SENTENCIA PENAL DE LA EXISTENCIA DEL HECHO Y DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONDENADO. Atendido este valor demostrativo resulta inocua la ratificación de dichas pruebas producidas en el proceso penal, dentro del proceso contencioso de responsabilidad. Aplicación de esta tesis por la Sala.

Se acoge la tesis ya sostenida en fallo del 22 de mayo de 1987 del Consejo de Estado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5004. Actor: Juan Zuleta Calderón y otros.

Conoce la Sala, por vía de consulta, la sentencia de agosto 28 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, dentro del proceso de reparación directa adelantado por el señor Juan Zuleta Calderón padre legítimo de la víctima y además en nombre y representación de los señores Amanda M. Camargo Ortiz, Alcira Rosa

Ortiz, Rosmery Zuleta Camargo, Oscar Enrique Zuleta Camargo, Janeth M. Zuleta Camargo y Liener Azalia Zuleta Camargo, contra la Nación —Departamento Administrativo de Seguridad DAS— tendiente a obtener la reparación de los perjuicios materiales y morales ocasionados por la muerte del doctor Juan Alberto Zuleta Camargo.

Redacta el presente fallo el suscrito, ya que la ponencia elaborada por el señor Consejero Valencia Arango no obtuvo la aceptación de la Sala.

1. La sentencia consultada:

La parte resolutiva de la sentencia que se revisa, dispuso:

1º Declárase la responsabilidad civil de la Nación colombiana, —Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)— por los hechos acaecidos la noche del 20 de diciembre de 1981 en el perímetro urbano de la ciudad fronteriza de Maicao (Guajira) donde resultó con heridas de arma de fuego de dotación oficial el señor Juan Alberto Zuleta Camargo a consecuencia de las cuales falleció en forma casi instantánea cuyo victimario Agente del DAS fue juzgado y condenado por los hechos antes narrados".

"En consecuencia condénase a la Nación colombiana (Departamento Administrativo de Seguridad, DAS) a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades en concreto".

"A cada uno de sus señores padres Juan Zuleta Calderón y Amanda M. Camargo de Zuleta el equivalente en pesos a (1.000) mil gramos oro".

"A cada uno de sus hermanos legítimos Oscar Enrique, Janeth María, Liener Azalia y Rosmery Camargo el equivalente en pesos a (500) quinientos gramos oro".

"Todo lo anterior según certificación del Banco de la República sobre el valor de oro a la fecha de la ejecutoria de la cual se anexará a la respectiva cuenta de cobro".

"Condénase a la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de catorce millones cuatrocientos catorce mil cuatrocientos pesos ($ 14.414.400.00), como daño emergente y cuarenta millones cuarenta mil pesos ($ 840.000.00) y como lucro cesante cuatro millones seiscientos ochenta mil pesos ($ 4.680.000.00) moneda colombiana conforme las indicaciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia".

"Las anteriores sumas se pagarán conforme a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, sobre ellos correrán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia e intereses moratorios después de este término" (fls. 247 y 248, cuaderno número 1).

Son fundamentos de la anterior decisión, los siguientes:

"Sobre la forma como ocurrieron los hechos se recibieron varias declaraciones dentro del proceso penal las cuales fueron trasladadas

al proceso relacionadas en el libelo demandatorio concretamente el testimonio de los señores Bohórquez Piñeros Rodríguez y el Jefe del Departamento en Maicao así mismo Héctor Roberto Neira Roldán quien hace un claro y perfecto relato sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos que condujeron a la muerte violenta del doctor Juan Alberto Zuleta Camargo ocasionada por agentes del Estado colombiano en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas pregonándose de esta forma la falla en la prestación del servicio, imputable al Estado por culpa *in vigilando e in eligendo*".

"La falla del servicio es objetiva y anónima, lo que indica que basta con acreditar la existencia del daño y que éste se produjo por un agente del Estado en ejercicio del cargo y como consecuencia del mismo, o simplemente que se produjo con ocasión de un servicio público como es el que presta el DAS esto es la seguridad de los ciudadanos.

"Mas claro y evidente no puede ser acreditándose la condena que le fue impuesta al autor del crimen señor Alonso Tomás Cipriano Rodríguez Guerrero".

"La falla del servicio se pone en evidencia dado el trágico resultado de la investigación del agente el cual violando las más elementales normas que protegen la integridad de las personas procedió a disparar normalmente contra dos ciudadanos como el doctor Zuleta Camargo y su hermana la cual afortunadamente no rseulta con heridas en el despiadado ataque que confusamente el agente Alfonto Tomás Cipriano Rodríguez sin motivo aparente inició y agotó".

"Un hecho como éste resulta francamente insólito dentro de una sociedad civilizada, regida por un Estado de Derecho".

"Establecida la falla del servicio habrá de reconocerse la responsabilidad de la Nación y ordenarse el pago de las indemnizaciones consiguientes".

"Debemos destacar que habiéndose notificado personalmente por intermedio del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el señor Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, no hubo preocupación alguna por defender los intereses de la Nación".

"Vistas las pruebas que se encuentran arrimadas al proceso, se encuentra atendible el concepto del Ministerio Público, en efecto está debidamente acreditado que el señor doctor Juan Alberto Zuleta Camargo, murió en el Municipio de Maicao la noche del 20 de diciembre de 1981 a consecuencia de las balas recibidas de parte del señor Alfonso Tomás Cipriano Rodríguez, delito por el cual fue procesado y condenado de acuerdo a lo estipulado en el Código de Justicia Penal Militar, con todos los lineamientos del artículo 26 de la Constitución Nacional, es decir aplicando el debido proceso y posteriormente confirmada por el Tribunal Superior de Manizales".

"Está demostrado que el señor doctor Zuleta Camargo, como funcionario de la Contraloría General de la República ayudaba a la educación de sus hermanos, Rosmery Zuleta Camargo y Oscar Enrique Zuleta Camargo el último de los nombrados debió suspender sus

estudios de arquitectura como consecuencia de la muerte de su hermano, así como su hermana quien aparece como beneficiaria en la Contraloría General de la República".

"El doctor Juan Zuleta Camargo al momento de su muerte desempeñaba el cargo de Supervisor de Auditoría Nivel Profesional grado tercero (3º) con una asignación mensual de $ 30.800.00".

"No se estableció el índice de precios al consumidor sin embargo se llevó a cabo peritazgo solicitado por el actor el cual no fue impugnado por la parte demandada".

"Se encuentra plenamente demostrada la calidad de hermanos legítimos de la víctima a través de sus respectivos registros civiles de nacimiento, los señores Rosmery, Oscar Enrique, Janeth M. y Liener Zuleta Camargo, quienes resultaron lesionados moralmente como consecuencia de la muerte de su hermano el doctor Juan Alberto Zuleta Camargo".

"En cuanto al afecto que existía entre los anteriores padres y hermanos con la víctima rindieron testimonio los señores: Doctor Jairo Guerra Gómez, José Argemiro Díaz Oñate, doctor Hernán Brugés Guerra, señor Manuel Ballesteros Galván, doctor Orlando José Cuello Cuello, señor Mariano Fonseca Pérez, señor Alfonso Enrique Núñez Guerra".

"Se ordenó inspección judicial en el Banco de Colombia, Sucursal de Barranquilla a fin de verificar si los cheques que fueron adjuntos por el actor (fotocopias) fueron girados desde Bogotá por la víctima y pagados al doctor Oscar Enrique Zuleta Camargo como parte de la ayuda recibida del doctor Zuleta Camargo (q. e. p. d.) esta prueba no se llevó a cabo según consta a folio 224 debido a la ausencia del apoderado de la parte actora".

"Habiéndose aportado por el demandante copia auténtica de las últimas declaraciones de renta del doctor Zuleta Camargo Juan Alberto parece que no se tuvieron en cuenta por los señores peritos en su dictamen visibles a folios 203 y 204".

"Se encuentra plenamente acreditada la muerte del doctor Zuleta Camargo mediante los siguientes medios probatorios:

"1º Acta de levantamiento de cadáver.

"2º Acta de necropsia.

"3º Inspección judicial.

"4º Diligencia de reconstrucción del crimen.

"5º Peritazgo balístico.

"6º Indagatoria rendida por el señor Alfonso Tomás Cipriano Rodríguez Guerrero.

"7º Testimonios que aparecen en el proceso penal donde fue condenado y confirmado por el Tribunal Superior de Manizales Sala Penal.

"8º Copia auténtica del Registro de Defunción de la víctima expedido por la Notaría Unica de Maicao".

"Todas las anteriores pruebas fueron trasladadas al proceso".

"El señor Alfonso Tomás Cipriano Rodríguez Guerrero fue condenado por la Segunda Brigada como Juez de Primera Instancia donde se declaró responsable del delito de homicidio".

"Posteriormente el Tribunal Superior de Manizales confirmó la anterior y adicionó fallo condenándolo al pago de perjuicios civiles ocasionados con su delito".

"Están debidamente acreditados los invaluables méritos personales, sociales y culturales que adornaron al doctor Zuleta Camargo logrados a base de sacrificios de sus padres y a su inteligencia para sobre salir en el campo del derecho y la cultura general".

"Bachiller y posteriormente coronó estudios de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Libre de Colombia donde así mismo adelantó especialización en Derecho Procesal".

"Adelantó cursos en la Contraloría General de la República para aportar mejores servicios a la Nación colombiana como funcionario capaz, honesto y ejemplar orgullo de su familia de su patria y sus amigos".

"Indudablemente para la Guajira es una pérdida irreparable como consecuencia deplorable de la falla del servicio que el Estado tiene para con los ciudadanos en sus vidas, honra y bienes".

"Es de advertir que no se acreditó el parentesco de la señora Alcira Rosa Ortiz quien aparece en el libelo como abuela materna de la víctima".

"Según oficio número 283 de noviembre 18 de 1985 se solicitó al señor cura párroco de Barrancas (g.) el envío de la partida de nacimiento de la susodicha señora sin respuesta alguna de la citada parroquia".

"Por lo demás es de anotar que las circunstancias especialmente de tiempo y de modo como ocurrieron los hechos en los cuales perdió la vida el doctor Zuleta Camargo deja mucho que pensar sobre el grado de irresponsabilidad de un servidor del Estado, puesto que de acuerdo a sus mismas palabras afirma que al advertir la presencia del vehículo R-4 donde se encontraba el occiso y su hermana trató de solicitar al conductor que detuviera la marcha posiblemente para requisarlos sin embargo lo que deja perpleja a la Sala fue la forma como el agente del DAS quiso que el vehículo se detuviera".

"Semejante manera de prestar un servicio público, mediante una ráfaga no dirigida como dice a las llantas, sino directamente a la persona del conductor y su acompañante".

"Como de costumbre seguramente luego de escuchar el tableteo de la metralleta si le quedaba algo de vida al conductor haría, detener el vehículo y se sometería al examen o quizás por parte de la autoridad sin embargo tenía que resultar físicamente imposible luego de recibir semejante ráfaga que al doctor Zuleta Camargo quedara

vivo y milagrosamente su hermana no murió ante el ataque cobarde y la falta de piedad como actuó el victimario, fue felicitado nada menos que por adecuar a una situación típica, antijurídica culpable y punible lo que llamaba el doctor Reyes Echandía la adecuación típica de comportamiento para el perfeccionamiento del hecho punible".

"Esto es, se consumó y se agotó el crimen del doctor Zuleta sin justificación de ninguna naturaleza por parte del agente del DAS Alfonso Tomás Cipriano Rodríguez Guerrero quien por ese hecho fue 'felicitado' y seguramente aspiraría a ser condecorado por un gran servicio prestado a la patria".

"La conducta irresponsable del agente del DAS le ocasionaría a la nación colombiana el pago de la indemnización por los perjuicios morales y materiales por la muerte del doctor Juan Alberto Zuleta Camargo según hechos ocurridos en la ciudad fronteriza de Maicao la noche del 20 de diciembre de 1991".

"Perjuicios morales"

"A cada uno de sus padres señores Juan Zuleta Calderón y Amanda M. Camargo de Zuleta debe reconocerle el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro".

"Para cada uno de sus hermanos señores Oscar Enrique, Janeth María, Liener Azalia y Rosmery Zuleta Camargo se reconocerá según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado el equivalente en pesos 500 gramos de oro. Todos y cada uno de los anteriores se encuentran debidamente identificados al pie de sus firmas en los poderes otorgados a su apoderado".

"Perjuicios materiales"

"El señor Juan Alberto Zuleta Camargo quedó establecida su muerte a la edad de 26 años, para una vida probable de 65 años".

"Como se dijo anteriormente devengaba —$ 30.800.00— lo que multiplicado por el número de 468 meses, nos resulta $ 14.414.400.00, catorce millones cuatrocientos catorce mil cuatrocientos pesos moneda corriente".

"Como daño emergente se encuentra demostrado en el expediente los honorarios profesionales a los abogados Aníbal Gómez de Luque, Salvador Villa Carbonell, Napoleón Jesús Ricardo Alvarez y Leticia Lubo de Restrepo en un total de ($ 700.000.00) setecientos mil pesos moneda corriente y en gastos funerarios ($ 140.800.00) ciento cuarenta mil ochocientos pesos moneda legal".

"Lucro cesante"

"Con la muerte del doctor Zuleta Camargo se estableció que la ayuda que recibían sus hermanos y especialmente sus padres Juan Zuleta Calderón y Amanda M. Camargo Ortiz".

"Teniendo en cuenta la labor desarrollada por el doctor Zuleta Camargo, su posición social y forma como ayudaba económicamente

a su familia se consideró por parte de los peritos designados asignarle la suma de ($ 10.000.00) mensuales que al límite de su vida probable resultaren $ 4.680.000.00 cuatro millones seiscientos ochenta mil pesos moneda legal".

"El concepto fiscal:

"La doctora Ednée Cohen Daza, Fiscal Segunda de la Corporación expone en su concepto de fondo:

"La responsabilidad administrativa como responsabilidad de derecho público se fundamenta en la falta o falla del servicio, para cuya declaración es necesario que el demandante demuestre la existencia de los elementos axiológicos que la configuran cuales son: a) una falla o falta del servicio a cargo de la administración; b) un daño cierto y determinado; c) una relación de causalidad entre la falla o falta y el daño ocasionado".

"Dicha responsabilidad es objetiva, anónima por cuanto no hay necesidad de identificar al agente de la administración que hubiera incurrido en la prestación deficiente del servicio público, solamente se requiere demostrar que el causante tenía tal calidad, la ocurrencia del daño y la relación de causalidad".

"Por esta razón quien pretende obtener la declaración de responsabilidad administrativa a través de la acción de reparación directa, debe fundamentar su petición en esta teoría y la orientación probatoria debe estar dirigida a demostrar los elementos enunciados".

"En el caso analizado se encuentra que el *petitum* de la demanda se encamina a obtener la declaración de responsabilidad del Estado por la muerte del doctor Juan Alberto Zuleta Camargo, sin que se proponga como presupuesto de la acción la falla administrativa, impidiéndole de esta manera el análisis de los elementos, sin perjuicio de incurrir en su modificación de la demanda".

"Por otra parte el acervo probatorio del expediente que se analiza está constituido solamente por las copias del proceso penal de la investigación adelantada por el Juzgado Segundo de Instrucción Penal Militar que culminó con sentencia condenatoria en contra del agente del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Manizales.

"La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que 'La sentencia penal absolutoria o condenatoria de la persona natural no condiciona ni enerva la responsabilidad de la administración pues ésta no responde ni por el dolo ni por la culpa de sus agentes, cuestiones subjetivas, sino que la falla en su actividad objetividad orgánica funcional o anónima".

"Significa lo anterior que una sentencia penal condenatoria no constituye por sí misma la demostración plena de la falla del servicio toda vez que en el proceso penal se califica la conducta subjetiva del agente dentro de parámetros diferente a los que deben seguirse para determinar la responsabilidad administrativa; puede suceder que la conducta punible ocasione o determine el servicio defectuoso, pero

de igual manera puede presentarse la responsabilidad personal del sujeto sin que ésta constituya por sí sola llamada falla del servicio, resultando entonces que los presupuestos de la responsabilidad extracontractual son independientes de los inherentes a las acciones penales".

"Por otra parte, el juez de lo contencioso administrativo, debe disponer de todos los elementos necesarios que le permitan establecer la forma en que se sucedieron los hechos por los cuales se reclaman, de tal manera que analizadas todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la conducta de la víctima, etc., puede calificar los hechos como constitutivos de la llamada falla del servicio y declarar así la responsabilidad administrativa".

"En el presente caso, el actor se preocupó solamente por establecer el hecho punible y la condena penal que se le impuso al sujeto actor del ilícito, no obstante, no se demostró que haya existido la falla del servicio".

"Este despacho considera que al no haberse estructurado la demanda dentro de la teoría de la falla del servicio, no se demostraron los elementos axiológicos exigidos para deducir la responsabilidad administrativa".

"En la demanda tampoco se dice que se reclama por la llamada responsabilidad sin falta o teoría del daño especial, caso en el cual, los razonamientos eran otros y no hubiera habido necesidad de probar la falla del servicio".

"Por lo expuesto, en el caso que se analiza no es posible declarar la responsabilidad del ente demandado. En consecuencia esta fiscalía se permite solicitar a la honorable Sala se revoque la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda" (fls. 266 a 268 cuaderno núm. 1).

Consideraciones de la Sala:

Aunque la demanda no es del todo precisa en el enunciado de la causa *petendi*, los hechos 13 y 14 despejan cualquier equívoco en el sentido de que ésta se formula con base en la falla del servicio. Por eso sobra hablar aquí de las culpas *"in vigilando"* e *"in eligendo"* propias de la responsabilidad indirecta del Estado; y que estima la Sala dentro de los poderes interpretativos que tiene, que fueron enunciados más como refuerzo de toda la argumentación que como la causa única o fundamental del daño sufrido por los damnificados.

Se corrobora el aserto precedente con la explicación que se da en el libelo en torno al artículo 16 de la Constitución Nacional, uno de los soportes de tal teoría.

En tales condiciones la Sala acepta que la parte actora alega como fundamento de la responsabilidad del ente nacional la falla del servicio, noción que, según la jurisprudencia reiterada, presenta como presupuestos: un hecho dañoso o perjudicial constitutivo de la aludida falla; un daño o perjuicio y la relación de causa a efecto entre aquél y éste.

También ha dicho la jurisprudencia que cuando se alega esa falla del servicio no se presume ni la culpa ni la responsabilidad. De allí que para la prosperidad de la acción con apoyo en ésta haya que probar no sólo que el servicio funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente, sino que ese hecho causó un perjuicio y que entre éste y aquél existió relación de causalidad.

Así mismo ha recalcado la jurisprudencia que el hecho de que se diga que la falla en casos de responsabilidad estatal es objetiva o anónima debe entenderse únicamente en el sentido de que no se requiere identificar al agente o funcionario que cometió la infracción, no que se prescinde de esa falla y que el demandante, entonces, no tendrá que probar sino el daño y la relación causal, como sucede en los eventos de responsabilidad objetiva o daño especial. En otros términos, en la teoría de la falla del servicio no desaparece propiamente la culpa, sino que esta se enfoca dentro de la perspectiva del derecho público con el nombre de falta, identifíquese o no el agente autor del hecho dañoso, porque lo que se pretende con ella es evidenciar que el servicio, como un todo, funcionó inadecuadamente y por eso se causó el daño. En otros términos, se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla o falta de la administración.

Con todo, nada obsta en esta teoría que en muchos eventos el agente o funcionario causante del daño pueda identificarse; porque, como lo acepta la doctrina, puede coexistir la culpa personal de éste con la falla del servicio de la administración; dándose así una responsabilidad solidaria entre aquél y ésta.

Tal manejo se observa con frecuencia en la jurisprudencia en los casos de responsabilidad por el hecho de miembros de las fuerzas del orden, cuando con su accionar por fuera de los cánones del servicio lesionan a otras personas.

El caso concreto.

Aplicados los principios que se dejan expuestos el *sub judice*, se pregunta la Sala: Se probó la falla del servicio.

Para la Sala la respuesta debe ser afirmativa, pese al concepto fiscal desfavorable, basado no sólo en la defectuosa formulación de la causa *petendi*, sino en la no comprobación de los supuestos de la responsabilidad por fallas en el traslado de las pruebas del proceso penal.

Y es afirmativa no sólo porque el análisis precedente muestra que el fundamento de la demanda fue la falla del servicio, sino porque el acervo probatorio sí permite certeza sobre cómo acaecieron los hechos, quién fue el agente responsable y quiénes las personas damnificadas.

La Sala se separa del concepto fiscal. Y para el efecto reitera el pensamiento expuesto en el fallo de mayo 22 de 1987, en el cual se rebatió posición similar del Ministerio Público, en torno a las pruebas trasladadas. Allí, se expresó:

"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 trata. 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 judice* 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 sujetos a responsabilidad por falla del servicio, se presenta 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, en ocasiones controvertidas por la entidad pública y por ende, dotadas de validez en tales procesos. La jurisprudencia muestra tendencia negativa. Así se ha venido sosteniendo 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. Porque, 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 Contencioso Administrativa, Sección Tercera) de la cual fue ponente Gabriel Rojas Arbeláez.

"Existe una posición minoritaria que quiere atenuar el rigor de la tesis, apelando para ello al alcance que tiene la intervención del Ministerio Público y al papel de contradictor que ejerce el funcionario investigado dentro del proceso penal; pero no ha tenido eco ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, tal como se expresó atrás.

"Si bien es cierto la discusión 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 un enfoque 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 ralizó, 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.

"El hecho imputado al agente no puede ponerse en duda ni su responsabilidad penal; 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 es obvio, la conducta así 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 gobierna su conducta".

En el caso *sub júdice* la aplicación de la tesis que se deja expuesta es perfectamente viable, máxime cuando la sentencia condenatoria fue proferida por la justicia ordinaria (ver sentencia de octubre 26 de 1982, del Tribunal Superior de Manizales, a folios 383 y siguientes del anexo número 1). Y porque fuera de la copia del fallo condenatorio dictado contra el señor Alonso Tomás Cipriano Rodríguez, existen otras pruebas dentro del proceso, trasladadas legalmente, ya que no precisaban ratificación por ser documentales, que evidencian el carácter oficial que ostentaba el citado señor y que cuando ocurrió el hecho cumplía operativo de servicio e hizo uso de arma de dotación oficial.

A este respecto se observan en el cuaderno de pruebas número 1 las copias de su ingreso al servicio como detective del DAS (ver resolución de nombramiento J0653 a folio 80); la diligencia de posesión en el cargo (a folio 11); y la constancia de que el día de los hechos cumplía labores propias de su investidura oficial, hasta el punto que debió solicitarse la suspensión del agente para poderle hacer efectiva la detención preventiva (a folio 247) decretada por el funcionario instructor.

Así mismo existe constancia en el expediente de que el arma utilizada por el homicida era de dotación oficial, cuyas características y señales de su utilización se infieren del informe de balística que obra a folios 261 y siguientes.

Lo precedente permite concluir que la falla del servicio se probó adecuadamente. Un agente oficial (Alfonso Tomás Cipriano R.) de aquellos que deben velar por la vida, honra y bienes de los asociados, al hacer uso de su arma de dotación oficial en operativo de servicio, en forma atrevida e irreflexiva contra un ciudadano pacífico, e inerme, como lo afirma el Tribunal Superior de Manizales en su fallo condenatorio, le causó la muerte (a folios 340 y siguientes).

El deceso del señor Zuleta está bien evidenciado; existe en el expediente no sólo el acta de defunción (a folio 53, cuaderno número 1) sino las actas de levantamiento del cadáver (a folio 48 del cuaderno número 2 y de necropsia (a folio 90 del mismo).

Muestra también el acervo que la víctima fue el doctor Juan Zuleta Camargo y que su muerte, el 20 de diciembre de 1981 en Maicao, produjo perjuicios a sus familiares más allegados, sus padres y hermanos.

El parentesco existente entre la víctima y los damnificados demandantes está bien acreditado, con algunas salvedades.

Se comprobó que el doctor Zuleta Camargo era hijo del matrimonio celebrado entre el señor Juan Zuleta Calderón y la señora Amanda M. Camargo de Zuleta y hermano legítimo de Oscar Enrique, Janeth María, Liener Azalia y Rosmery. Dan cuenta de estos hechos el registro de matrimonio de aquellos (a folio 41, cuaderno número 1) y los registros de nacimiento de los aludidos hermanos, que obran, en su orden, en el mismo cuaderno a folios 45, 46, 47 y 44.

Se puso en evidencia que entre padres y hermanos existía una armoniosa relación de familia, con mutua colaboración y ayuda.

Esta circunstancia, unida al vínculo de parentesco, permite concluir que en cuanto a perjuicios morales subjetivos la sentencia deberá ser confirmada. Estuvo acertado el Tribunal al estimarlos, dado el dolor intenso que debió sufrir la familia Zuleta Camargo con la muerte de su hijo, sobre todo en las condiciones absurdas relatadas y bien probadas dentro del proceso.

En lo que no resultó acertado el Tribunal fue en la condena por perjuicios materiales. Quizás se dejó desorientar por el pobre trabajo que elaboraron los peritos al respecto y por el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corporación en cuanto a evaluación de tales perjuicios.

No se demostró adecuadamente la dependencia económica que los damnificados tenían con la víctima. Si bien ésta ayudaba en forma ocasional a sus hermanos Rosmery y Oscar Enrique, lo hizo cuando ya eran mayores de edad y para su formación profesional. Esto destaca más el altruismo de Juan Alberto que la respuesta a una presunta obligación alimentaria prolongada en el tiempo de supuestos no probados dentro del proceso, estableció la dependencia económica

de sus padres. La prueba testimonial acredita que el señor Juan Zuleta Calderón era una persona de solvencia económica, un benefactor que ayudaba a los demás.

Si no se comprobó la dependencia económica de los damnificados con la víctima o que aquellos sufrieron menguas en sus condiciones de vida por la muerte de éste, no puede entrarse al estudio de los perjuicios materiales, por falta de relación causal.

No entiende la Sala por qué hizo el *a quo* semejante evaluación de perjuicios materiales. Ninguna explicación tiene la determinación de la cifra de $ 14.414.400.00, porque impropiamente ésta revela lo que el doctor Zuleta se podría ganar durante su vida probable, pero no más.

Así mismo hablar de que el doctor Zuleta ayudaría durante su vida profesional a sus padres y hermanos en una suma de $ 10.000.00 mensuales para un lucro cesante de $ 4.680.000.00, es no entender qué se entiende por dicho lucro y es aceptar que el doctor Zuleta seguiría suministrando esa ayuda después del fallecimiento probable de estos y ayudando a sus hermanos mayores, cuando ya estos eran profesionales y de condiciones económicas iguales o superiores a las de aquél.

La Sala tampoco acogerá en este rubro de perjuicios los gastos hechos por la familia dentro del proceso penal, por la falta de su adecuada demostración y por las dudas existentes en la imprescindibilidad del gasto.

Los gastos funerarios tendrán igual suerte porque los documentos que los acreditan carecen de valor demostrativo, por ser de terceros, ya que para el efecto debieron someterse a la ritualidad del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala finalmente destaca el imperdonable descuido gramatical que revela la sentencia impugnada.

Por lo expuesto y en desacuerdo con la señora fiscal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1. Confírmase la sentencia consultada de 28 de agosto de 1985 dictada por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en cuanto dispone: "Declárase la responsabilidad civil de la Nación colombiana —Departamento Administrativo de Seguridad, DAS— por los hechos acaecidos la noche del 20 de diciembre de 1981 en el perímetro urbano de la ciudad fronteriza de Maicao (Guajira) donde resultó con heridas de arma de fuego de dotación oficial el señor Juan Alberto Zuleta Camargo, a consecuencia de las cuales falleció en forma casi instantánea, cuyo victimario agente del DAS fue juzgado y condenado por los hechos antes narrados.

"En consecuencia, condénase a la Nación colombiana —Departamento Administrativo de Seguridad, DAS— a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades en concreto:

"A cada uno de sus señores padres, Juan Zuleta Calderón y Amanda M. Camargo de Zuleta, el equivalente en pesos a (1.000) mil gramos oro.

"A cada uno de sus hermanos legítimos Oscar Enrique, Janeth María, Liener Azalia y Rosmery Zuleta Camargo, el equivalente en pesos a (500) quinientos gramos oro.

"Todo lo anterior según certificación del Banco de la República sobre el valor del oro a la fecha de la sentencia, la cual se anexará a la respectiva cuenta de cobro".

2. Revócase en este extremo: "Condénase a la Nación colombiana —Departamento Administrativo de Seguridad, DAS— a pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de catorce millones cuatrocientos catorce mil pesos ($ 14.414.000.00) y como lucro cesante cuatro millones seiscientos ochenta mil pesos moneda colombiana ($ 4.680.000.00) conforme las indicaciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia".

3. En consecuencia, deniégase la indemnización por perjuicios materiales.

4. La condena por concepto de perjuicios morales deberá pagarse dentro de los términos de los artículos 176 y 177, con intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego del vencimiento del aludido semestre. Se entiende así precisada la parte final del fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 19 de noviembre de 1987.

Julio César Uribe Acosta, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo*, *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, *Jorge Valencia Arango*, Con salvamento de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO. INEXISTENCIA DE SU AFIRMACION O INSINUACION EN LA DEMANDA.

Al no haberse financiado la causa petendi *en una falla administrativa, como hoy el Estado no responde por los hechos de sus subordinados, la Nación no está llamada a responder por la indemnización impetrada y tal, conduce a la ABSOLUCION.*

LA SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA O CONDENATORIA DE LA PERSONA NATURAL: Esta no condiciona ni enerva la responsabilidad de la Administración. Solamente la falla del servicio conduce a su responsabilidad, la cual para lograr toda eficacia, debe estar acreditada mediante la prueba idónea sobre los hechos y las modalidades.

Salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Valencia Arango

Referencia: Expediente número 5004. Actor: Juan Zuleta Calderón y otros.

Las razones para separarme de la sentencia anterior aparecen expuestas en el proyecto de decisión que presenté a la Sala, revocando la del *a quo* y denegando las súplicas de libelo por lo que basta con transcribir lo pertinente de tal ponencia:

1. En gran parte tiene razón el concepto fiscal al glosar la falta de técnica con que aparece formulada la demanda inicial del litigio, pero la Sala encuentra que con un esfuerzo de interpretación puede darla por suficiente para entrar al fondo de la controversia.

En efecto, el libelo se salva con los hechos 13 y 14 del mismo que dicen:

"13. De todos estos hechos relatados, se desprende, sin lugar a dudas, que se trató de una muerte causada por agentes o funcionarios del Estado, en desempeño de sus funciones o con ocasión de las mismas, *con evidente falla en la prestación del servicio*, imputable al Estado por culpa *in vigilando e in eligendo*, y lo que es más, con *dolo eventual* por parte del agente".

"14. Según lo reconoce el propio Estado en la investigación castrense levantada para determinar los hechos y en el fallo de primera y segunda instancias, *hubo fallas protuberantes en el servicio, que condujeron, por parte de los agentes del DAS, a la muerte del doctor Juan Alberto Zuleta Camargo, y en esa forma, se les causaron a mis*

poderdantes graves e irreparables, claros y ciertos perjuicios materiales y morales que el Estado colombiano debe indemnizar congrua y satisfactoriamente" (fl. 19, cuaderno 1).

Claro que repugna hablar de culpa *"in vigilando"* o *"in eligendo"*, propia de la responsabilidad indirecta del Estado, abandanoda por la doctrina y la jurisprudencia hace varias décadas, pero como menciona, posiblemente sin pensar en su importancia, la *"evidente falla en la prestación del servicio"*, se tendrá por bien formulada, en atención que en estos casos, la cita de las normas jurídicas no es esencial, *"jura novit curia"*.

Y en la fundamentación jurídica del libelo, dice el demandante:

"El artículo 16 sirve de fundamento jurídico a la responsabilidad del Estado, cuando éste despliega una actividad o prestación de los servidores públicos, o cuando, en el desempeño de sus deberes para con los particulares, en el sentido de protegerlos en sus vidas y en su integridad personal, omite la debida protección que debe brindarles. Por donde se infiere que debe responder el Estado todas las veces que ocasione daño a los particulares por fallas en la prestación de tales servicios o en la mencionada función protectora. De suerte que es deber primordial del Estado el de proteger a los particulares en su vida e incolumidad personal. Por donde se sigue que el comportamiento del agente del DAS que actuó en los sucesos que se relataron en los capítulos anteriores, se aparta de esta norma de jerarquía superior, y, por ende, la infringe".

"De conformidad con lo preceptuado en el artículo 20, los funcionarios públicos son responsables por la infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas. De suerte que si los funcionarios del DAS obran con extralimitación, exceso, o desvío de su poder, u omiten su deber de amparar la vida e integridad personal de los asociados, infringen por este aspecto los cánones fundamentales que acaban de mencionarse".

"De conformidad con las normas del artículo 51, las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas las clases, que atenten contra los derechos garantizados en el Título III. Este artículo consagra una responsabilidad de tipo personal para quienes no den cumplimiento cabal a esas garantías. Relacionando el artículo 51, con el 16, se tiene que aquél establece una responsabilidad personal, mientras que éste consagra una responsabilidad general y abstracta del servicio público correspondiente".

"Por lo tanto, el análisis simultáneo y armónico de estos textos, señala las bases jurídicas que generan la indemnización en el presente caso. El problema jurídico se aclara todavía más, si conectamos los dos artículos en cuestión con los textos sobre la responsabilidad civil que trae el Código de la materia, según lo veremos más adelante" (fls. 19 a 21, cuaderno 1).

"...Los artículos 2341 del Código Civil y siguientes (sic), consagratorios de la responsabilidad, han sido infringidos por los hechos

que fundamentan esta demanda. Ya se acepte la tesis de la responsabilidad indirecta del Estado por medio de sus funcionarios, o de la responsabilidad indirecta del mismo por acción de sus empleados o subalternos, es el caso que existe una obligación para el Estado de indemnizar los daños que sean causados por medio de sus órganos de actuación o de sus funcionarios respectivos" (fl. 22, cuaderno 1).

Insiste en la responsabilidad indirecta de la Administración a pesar de lo cual, la Sala, por lo hasta aquí expuesto, la tendrá como formulada por la directa derivada de la *"falla del servicio"*.

2. Si se tomara como fundamentada en la responsabilidad indirecta por hechos o actos de sus subordinados y sin fundamento en la falla del servicio, objetiva y anónima, habría de declararse la ineptitud sustantiva de la demanda, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala.

"A. La responsabilidad del Estado.

"Ha dicho esta Sala:

"Dada la peculiar manera como aparece propuesta la demanda con que se ha iniciado este proceso, resultan necesarias las siguientes consideraciones":

"1. Hasta 1898 (octubre 20), la jurisprudencia nacional no reconocía la responsabilidad aquiliana de las personas morales; fueran ellas de derecho privado o de derecho público, pues, es lo cierto que ni el Código de Napoleón, ni el Código de Bello, ni legislación alguna del siglo pasado, reconocieron tal responsabilidad".

"Es en tal año que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia aludida, reconoce que las personas morales, sean de derecho privado o de derecho público, pueden ver comprometida su responsabilidad, en forma indirecta, por la culpa de sus agentes o de sus subordinados, a tenor de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, con base, en la *'culpa in iligendo'* o en la *'culpa in vigilando'* ".

"Se repite esta tesis en diversas sentencias, entre otras en las de julio 19 de 1916, 17 de junio de 1938, mayo 12 de 1939, junio 30 de 1941, noviembre 26 de 1941, febrero 25 de 1942, octubre 28 de 1943, agosto 27 de 1943, abril 20 de 1944, noviembre 5 de 1952, julio 4 de 1957 y febrero 2 de 1959, sin que sobre agregar que la misma responsabilidad indirecta aunque también se hable de la responsabilidad por 'fallas del servicio', fue admitida en sentencia de 30 de junio de 1941 y marzo 3 de 1942".

"Tal responsabilidad, se configuró jurisprudencialmente, así:

"a) Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona mora, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sean la posición jerárquica de aquellos y de la especie o calidad de sus funciones o tareas";

"b) Se presume la culpa de la persona moral, porque ésta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente";

"c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa";

"d) Existe, además una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima";

"e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último";

"f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años, contra el autor, si se trata de infracción penal, en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de delitos"; y

"g) Le sirven de arraigo a esta doctrina esencialmente, los citados artículos 2347 y 2349 del Código Civil que tratan de responsabilidad indirecta por los hechos llamados 'ajenos' ".

"2. Por considerar entre otras razones que la calidad de ficticias de las personas jurídicas no permite establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal, que se confunden en la actividad de la gestión, a partir de la sentencia de casación de agosto 21 de 1939, comenzó a abandonarse paulatinamente, sin que, como se vio, dejara de reiterarse en otros fallos, la tesis de responsabilidad indirecta y se afirmó la directa del artículo 2341 del Código Civil".

"Así aparecen, entre otras sentencias, las de noviembre 18 de 1940, julio 10 de 1942, abril 7 de 1943, mayo 26 de 1944, noviembre 28 de 1944, abril 18 de 1945, abril 11 de 1946, septiembre 30 de 1946, octubre 30 de 1946 y octubre 18 de 1950".

"Tal doctrina se expresó así:

"a) La culpa personal de un agente dada compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado";

"b) Las obligaciones de elección y vigilancia, diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos 'ajenos' de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales, y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de estos fundadas en dichas obligaciones";

"c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito) hecho de terceros o culpa de la víctima";

"d) Responden del daño solidariamente, la persona jurídica y autor, aquella puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima";

"e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y

"f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil fundamento general de la responsabilidad extracontractual".

"La tesis anterior, en sentencias posteriores, sufrió dos modificaciones:

"a) En relación con las personas morales tanto de derecho privado como de derecho público, se adoptó la *'tesis organicista'*, según la cual, los agentes de la persona moral se dividen en representantes legales, directores o depositarios de la voluntad de la misma, cuyos actos y omisiones se confunden con los actos y omisiones de la persona moral y por eso ésta responde a tenor del artículo 2341 del Código Civil, como hechos y omisiones propios, es decir, se configura la responsabilidad directa y en auxiliares o dependientes o subalternos que, por sí solos, no comprometen jurídicamente al ente moral y por cuyos actos y omisiones, responde la persona moral, en forma indirecta, por el hecho ajeno, conforme a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil;

"b) La segunda modificación, toca con el advenimiento de la tesis de 'la falla del servicio' o 'falla de la administración', consecuencia de la nueva concepción —para entonces— del Estado como empresario de servicios públicos, cuya responsabilidad se compromete no por la culpa de sus agentes o subordinados —criterio subjetivo— sino por la simple falla, irregularidad o ineficiencia en la prestación del servicio, por lo que la falla es objetiva, orgánica, funcional o anónima.

"Así aparece por primera vez, en sentencia de casación de agosto 21 de 1939 y es reiterada en casación de 30 de noviembre de 1942, abril 7 de 1943 aun cuando en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 27 de agosto de 1943, revivió la tesis de la responsabilidad indirecta y en la de 15 de mayo de la misma Sala, introdujo la tesis organicista, pero la tesis de la 'falla del servicio' aparece en numerosas decisiones, como son, entre otras, las de febrero 21 de 1947, julio 9 de 1948, octubre 18 de 1950, febrero 24 de 1953, julio 7 de 1953 y agosto 13 de 1953, no obstante que se apoya en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, sobre responsabilidad por el hecho ajeno".

"Y se edificó tal tesis, sobre las siguientes bases:

"a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la 'falla del servicio', o culpa de la administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima";

"b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos";

"c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño";

"d) En descargo de la administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima)";

"e) Si el daño de la víctima se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las

mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado con derechos al reembolso en favor de aquella";

"f) Los autos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo";

"g) La acción indemnizatoria contra la administración prescribe según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa; y la acción contra el agente determinado, si la hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil"; y

"h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil base de la responsabilidad extracontractual directa".

"4. Esa era la situación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta el 30 de junio de 1962, en que en sentencia de casación civil, se dijo":

"26. Tales consideraciones han llevado a la Corte a revaluar las antedichas tesis y de preferir, como consecuencia, la directa, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la administración, la de las 'fallas del servicio' caracterizado por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos (véase en el mismo sentido la sentencia de la Sala de Negocios Generales de esta fecha)".

"La cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil sobre responsabilidad por el hecho producido en actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizada por la peligrosidad o en cuyas funciones —como acontece en el Estado— figuran algunas de esta naturaleza".

"27. Estos, los motivos de dicha preferencia:

" '1º Los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, hablan de la responsabilidad indirecta, que es la originada, no en los actos propios o personales, sino en los ejecutados por otras personas, de quienes están llamados a responder las ligadas a ellas según la ley' ".

"Por consiguiente, para responder por las acciones de otro, ha de haber un vínculo, razón de ser de tal responsabilidad. Tal vínculo debe proceder, de acuerdo con aquellas normas:

"a) De las relaciones de familia, por ello el padre, y a falta de éste la madre, es responsable de hechos de los hijos menores que habitan en la misma casa";

"b) De las relaciones de guarda, y así el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado";

"c) De las relaciones a que da lugar la educación, en virtud de las cuales los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado"; y

"d) De las relaciones de trabajo, con motivo de las cuales responden los artesanos o empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, mientras están bajo su cuidado; así como los patronos del daño causado por los empleados domésticos, con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos".

"28. De los vínculos entre la persona de derecho público o privada; que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución y sus agentes, no puede decirse lo mismo que predican dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la dependencia, ni tampoco al cuidado, de la entidad moral como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de los institutos y de enseñanza, maestros patronos, y estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones *in eligendo e in vigilando*, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presentan, peculiares caracteres que tampoco cuadra a ellos una responsabilidad por los 'hechos ajenos' ".

"La doctrina general ha formulado serios reparos a la forma indirecta de la responsabilidad de las personas morales, motivo por el cual dicha forma puede considerarse ya fenecida, en lo que atañe a tal epecie de la persona (V. Josrand. Cours de Droit Civil, Tomo II, número 510, décima edición)".

"29. La tesis organicista de la división de los agentes, en funcionarios, órganos y subalternos, auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa sólo de la culpa de los primeros y de modo indirecto por las de los últimos, es artificiosa e inequitativa".

"Lo primero, porque no hay un motivo bastante a demostrar que es lógico distinguir entre unos y otros agentes y varía en consecuencia la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos que aquellos ejecuten en desempeño de sus funciones; todos ellos cooperan al logro del fin colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos dependen el funcionamiento y realización de los fines del ente moral".

"La identidad alegada entre los órganos de la persona física y los agentes de la jurídica, a quienes corresponde la dirección o representación de la entidad, va siendo revaluada. 'No habría que concluir, desde luego, en la identidad de los órganos de una persona moral con los órganos de una persona física; existe entre los unos y los otros una posición de naturaleza: El órgano de la persona moral es asiento

de la voluntad que la dirige, en tanto que los órganos de las personas físicas son los instrumentos inconscientes de una voluntad que los mueva' (Planio, Ripert y Savatier, Traite Practique de Droit Civil Francaise, Tomo VI, numero 93). Y haciendo referencia concretamente a la responsabilidad de los entes morales, agregan estos tratadistas que 'la distinción del órgano' y del agente desde el punto de vista de la responsabilidad civil parece inútil... Además, empleando un órgano, es necesario que el agente haya obrado en el ejercicio de sus funciones, sin que haya de darse a esta expresión dos sentidos diferentes según el caso 'Waline destaca —como es sabido—, las dificultades que rodean la calificación jurídica de los órganos de la entidad moral, dificultades que conlleva otras tantas para aplicar la concepción organicista' ".

"En lo que atañe al Estado, y H. L. Mazeaud dicen que 'todo agente de la administración, así sea subalterno (subraya este fallo), es un representante de la Nación... Poco importa la calidad del autor del hecho, funcionario, empleado o auxiliar o dependiente de la administración' (La responsabilité civile, Tomo II, 2008 y 2009). Duguit aclara que: 'Cualquiera que sea el agente, el órgano administrativo de quien emane el acto, compromete la responsabilidad pública, ya emane de las más alta autoridad, el Presidente de la República, personificando el Gobierno, ya del más humilde de los funcionarios. Masa homogénea de agentes públicos, llama Chapues al personal de los servicios públicos' (Responsabilité publique et Responsabilité priveé, número 205)".

"30. La persona natural obra por sí y en razón de sí misma goza no sólo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral; no, su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes, sin los cuales no pasaría ser una abstracción".

"Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la 'incorporación' de estos en aquella —apelando a un vocablo en uso— constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación".

"En cambio, el problema se destaca en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad directa, en una palabra, por ser los actos de los agentes, sus propios actos, tesis cuyos caracteres quedaron determinados en el numeral 15 de esta providencia".

"32. En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las 'fallas del servicio público' o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, esto es, a la consecución de sus fines. Tal es el objeto de una organización de hombres sobre un territorio determinado, con autoridades y leyes propias. Aquellos medios no son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia dependen la verdad práctica de

esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que si en la prestación de dichos servicios llegan a causarse daños, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido".

"Cuando la persona jurídica privada debe reparar el daño inferido por uno de sus agentes, no lo hace como la administración, en virtud de aquel deber fundamental; por ello, esa responsabilidad no puede provenir sino de la culpa de un agente concreto. Mas, si el daño se produce en un servicio público, la responsabilidad se origina en último análisis, en el supradicho deber primario del Estado, causa eficiente, por tanto, de la referida responsabilidad".

"Lo anterior desde el punto de vista sustancial, mirado a la finalidad del Estado. Invocan igualmente tanto los autores, como las decisiones de Tribunales de otros países, así como el fallo de esta Corte de 30 de junio de 1941 (LII, 1977, 117), entre otros, y con el cual se restauró el criterio de las fallas del servicio público, los principios imponderables de la equidad y de la igualdad ante la ley, reguladores de las relaciones humanas y entonces apenas si es elemental que dentro de una noción de solidaridad social sea reparado el daño por el Estado que ocasionen esas fallas".

"33. La noción de culpa subsiste, pero se deplaza de un sujeto individual al Estado, por razón del deber referido, de suerte que donde quiera que tales prestaciones fallen con la consecuencia de un daño, la administración habrá dejado de cumplir 'deberes sociales' e incurrido, por consiguiente, en responsabilidad. Y en mérito de la gravedad y trascendencia de dichos suministros, puesto que de ellos depende la convivencia social y la posición de los bienes espirituales, morales y materiales que permitan al hombre el alcance de sus aspiraciones y fines, se impone la presunción de culpa en el Estado, como sucede, por ejemplo, en la responsabilidad que caracteriza las actividades peligrosas (art. 2356). Tal presunción no puede desvirtuarse, en consecuencia, sino probando el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. Todo lo cual enseña que no se trata de una responsabilidad 'objetiva'. La responsabilidad estatal o a estos respectos tiende a generalizarse a manera de seguro permanente o con respaldo en la teoría del 'riesgo creado', a favor de los particulares, por los quebrantos que sufren con ocasión de las irregularidades de los servicios públicos, comprendidos naturalmente los casos fortuitos; los hechos de terceros y aún la culpa del damnificado —excluido el dolo—. Más la jurisprudencia nacional no cuenta con el germen legal que le permita llevar a estos confines el horizonte de la responsabilidad extracontractual de la administración".

"La Corte tiene descartada la teoría del 'riesgo creado' como forma de solución de los conflictos tocantes a la responsabilidad originada en actividades peligrosas como dan testimonio los fallos de diciembre 9 de 1936 (XLV, 1918, 412), noviembre 18 de 1949 (L, 1964, 439), febrero 14 de 1941 (L, 1966, 739), mayo 30 de 1941 (LI, 1973, 527), abril 20 de 1944 (LVII, 2006 a 2009, 148) y abril 30 de 1947 (LXII, 2048, 338)".

"34. La tesis de las 'fallas del servicio público'; se encuentra sintetizada en el numeral 19 de la presente sentencia. La Corte considera conveniente precisar la materia a que se refiere el punto g) acerca de la prescripción de las acciones, tomando en cuenta lo que en algunos fallos tienen resuelto".

"a) La acción por el daño, contra la administración trátese de fallas imputables al hecho delictual o causidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales y anónimas, prescribe con arreglo al derecho común, en veinte años".

"El Estado como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del Código Civil fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio extintivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño ingerido a otro";

"b) La acción de reparación contra el agente determinado, si por culpas civiles, se extingue el mismo término, ya que tampoco hay norma de excepción al precepto; y si de hechos punibles, en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso primero del indicado artículo 2358. De lo cual se colige que la prescripción de tres años de que trata el inciso segundo de esa disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el artículo 2347; esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado o dependencia se encuentran las causantes del daño proveniente del ilícito penal'.

"35. Debe agregarse que, controvertido, como ha sido el fenómeno positivo del sistema que finca la responsabilidad del Estado en la prestación inadecuada, errónea o irregular de los servicios públicos (V. Eustoquio Sarria. Tratado de Derecho Administrativo General, págs. 255 y ss., año 1961). La Corte lo ha encontrado hasta ahora en el citado artículo 2341 del Código Civil porque como lo ha dicho repetidamente, este precepto 'ha consagrado una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, sea físicas o morales, y el Estado, proceda como ente político o civil, debe someterse al derecho (sentencia de marzo 2 de 1948, LXIII, 2057 y 2058, 397), y lo halla hoy, además, en el artículo 16 de la Carta, porque entre los deberes sociales del Estado' sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando estos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño".

"La inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la administración por las fallas del servicio, no fue óbice a la jurisprudencia, guiada particularmente por la ley de las disposiciones del derecho común, ahora, así mismo, en el dicho artículo 16 de institucional significado. Porque donde quiera que rija un texto como el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, no faltará la norma que señale al

juez el camino de la justicia y del perfeccionamiento de la jurisprudencia (Diario Jurídico, Año X, Volumen XII, número 593, octubre 6 de 1962)".

"La importancia de la sentencia anterior estriba en el acopio ordenado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde el siglo pasado, sobre las diversas teorías, sobre responsabilidad extracontractual del Estado, su análisis crítico y el esfuerzo por encontrar como base definitiva de la responsabilidad estatal, la falla del servicio, aunque, como se ve, no logró emanciparse totalmente de las normas positivas del Código Civil, quizás, por un temor, para entonces persistente, de dar por suficientes las disposiciones de la Constitución Política, para todos los efectos".

"Como puede verse, aunque es un verdadero avance jurisprudencial sobre la naturaleza de la responsabilidad extracontractual, se resiente, sin embargo, de su exagerado criterio civilista al mantener la noción 'de la falla de la Administración' como sinónimo de culpa de ésta y al buscar apoyo en el artículo 2341 del Código Civil, aunque cita igualmente, el artículo 16 de la Constitución Política".

"5. Por lo que respecta al Consejo de Estado, ya desde el 29 de julio de 1947 (actor: El Siglo S. A.) comenzó a analizar y estructurar las distintas fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado y dándoles respaldo en la Constitución Política aunque no se libera de la cita del articulado del Código Civil".

"En numerosas sentencias se va delineando la teoría de la responsabilidad administrativa como responsabilidad de derecho público, basada fundamentalmente, en la falla del servicio como fuente común u ordinaria de la misma, en forma objetiva como irregularidad o ineficiencia del mismo, por lo que no es necesario buscar un agente determinado para predicar de él su error, negligencia o improvidencia —como lo requería la culpa como fenómeno subjetivo— sino que la falla puede ser funcional, orgánica o anónima como fenómeno objetivo".

"6. Ese largo desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, culmina con la sentencia de 28 de octubre de 1976 (Actor: Banco Bananero) en forma que ya definitivamente se afirma la Constitución Política como fuente única de la responsabilidad extracontractual del Estado y expresamente se abandona, por inútil, el articulado del Código Civil".

"A) La responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser estudiada y decidida a luz de las normas del Código Civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, por encontrar en dicho estatuto, mediante inteligentes y sutiles teorías las fuentes del derecho positivo, determinantes de la responsabilidad estatal, en materia extracontractual, sus modalidades y alcances".

"Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política, especialmente, en las que conforman el Título Tercero de dicho estatuto, que trata 'De los Derechos Civiles y Garantías Sociales', constitutivos, del objetivo fundamental de la

no le son aplicables los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, queda, igualmente acreditado que la Nación no es el sujeto llamado por el derecho a responder por la indemnización que se impetra o, lo que es lo mismo, las condiciones o presupuestos de la pretensión no han sido demostrados y se impone la sentencia absolutoria".

"La sentencia penal, absolutoria o condenatoria de la persona natural, no condiciona ni enerva, la responsabilidad de la Administración, pues ésta no responde ni por el dolo ni por la culpa de sus agentes —cuestiones subjetivas— sino por la 'falla' en su actividad, objetiva, orgánica, funcional y anónima" (Sentencia de diciembre 12 de 1987, Referencia: Expediente número 4910, Actor: Edgardo Delgado Herrera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango).

3. Fuera de la prueba del parentesco entre los demandantes y la víctima, debidamente aportada, con excepción —como lo anota el *a quo*— de la pertinente a la señora Alcira Rosa Ortiz de quien se afirma que era abuela del difunto y no se acreditó y de varios testimonios de extraños y parientes del muerto, sobre las relaciones de familia y la ayuda económica, la única probanza sobre la presunta falla del servicio, fue la copia íntegra del proceso penal en que se condenó al agente del DAS, Alfonso Tomás Cipriano, por homicidio culposo.

Las sentencias penales, a tenor del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, no permiten poner en duda, en otro proceso civil o contencioso administrativo, la responsabilidad penal del condenado y la existencia del hecho delictuoso. Pero esto, por sí solo, no es suficiente para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria frente al Estado, pues, si como se ha visto, no responde éste por la culpa o el dolo de sus servidores —responsabilidad directa— sino por su propia falla o falta en la prestación del servicio, resulta absolutamente necesario que tal falla se acredite, mediante la prueba idónea sobre los hechos y sus modalidades.

Los testimonios producidos en el proceso penal, requieren para la validez de su traslado al proceso de responsabilidad frente al Estado, de la ratificación con audiencia de éste, a efecto de que pueda controvertirlos ya que el Estado no es parte en los procesos penales, ni el Ministerio Público actúa en su nombre y representación sino en el de la sociedad y no son, tampoco, los mismos agentes que llevan su representación en los procesos de responsabilidad.

Bogotá, noviembre 26 de 1987.

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONDENAS A LA ADMINISTRACION. ACTUALIZACION.

1. De una suma única; 2. o a la indemnización compuesta por la suma de un número X de mesadas o anualidades sucesivas durante un período determinado de tiempo; y 3. o a la indemnización anticipada durante un lapso determinado de tiempo hacia el futuro.

2. Sistemas: a) Bajo el Código anterior —Ley 167 de 1941—;

b) Bajo el nuevo Código —Decreto 01 de 1984—. FORMULAS SOBRE: Actualización CIFRA UNICA; INDEMNIZACION VENCIDA O CONSOLIDADA; INDEMNIZACION FUTURA O ANTICIPADA (En este último tipo de indemnización no se podrá utilizar el sistema de los INDICES DE PRECIOS AL CONSUMIDOR, porque la variación de estas hacia el futuro será meramente hipotética. Tampoco podrá hablarse de devaluación, porque su pago será anticipado).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5088. Indemnizaciones. Actor: Olga Lucía Mc. Ewen viuda de Betancur y otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de febrero 16 de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Mediante ese proveído, dispuso el *a quo:*

"1º La Nación es patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte de Jorge Alberto Betancur Avendaño ocurrida en el Municipio de San Pedro, Departamento de Antioquia el día 5 de febrero de 1984 y por parte de un agente de policía.

"2º Como consecuencia de lo anterior, cubrirá las siguientes sumas de dinero y por perjuicios materiales:

"A Olga Lucía Mc. Ewen vda. de Bentacur	3.136.612.00
"A Jorge Alberto Betancur Mc. Ewen	482.023.00
"A Juan Fernando Betancur Mc. Ewen	515.463.00
"A Jenaro Betancur Mc. Ewen	688.100.00

"3º Por perjuicios morales a Olga Lucía Mc. Ewen vda. de Betancur, Jorge Alberto Betancur Mc. Ewen, Juan Fernando Betancur Mc. Ewen y Jenaro Betancur Mc. Ewen, lo equivalente al valor de 500 gramos de oro.

"A Jenaro Enrique Betancur y María Teresa Avendaño y por idéntico concepto 500 gramos oro.

"A Antonio José, Jhon Jairo, Luz Amparo, María Teresa, María Eugenia, María Cristina, Luz Stella, Gloria Lucía, Beatriz Elena, Martha Cecilia y Jenaro Alonso Betancur Avendaño lo equivalente a 50 gramos oro.

"4º Se dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo".

Para tomar esa decisión el Tribunal tuvo en cuenta la situación fáctica narrada en el libelo y que fue sintetizada por la fiscalía de esta Corporación en los siguientes términos:

"Se afirma en la demanda que el día 5 de febrero de 1984, el agente de la Policía Nacional Ricardo Castaño mató de un balazo en la cabeza al ciudadano Jorge Alberto Betancur Avendaño, en hechos ocurridos en la plaza principal de San Pedro, Antioquia.

"Dan cuenta los autos que desde las últimas horas del día anterior a la muerte, el agente de la Policía se propuso indisponer a la víctima y hasta llegó a dispararle cuando se encontraba en una cafetería departiendo con amigos. De estos hechos tuvo conocimiento el Comandante del Puesto de Policía de San Pedro pero no hizo nada por evitar que las cosas se tornaran más graves, como en efecto sucedió, toda vez que al día siguiente el agente continuó fastidiando al señor Betancur, lo detuvo sin ninguna razón justificativa y lo condujo al Comando de donde salió Betancur libre por intervención del Cabo Cáceres.

"Al saber que el detenido se encontraba libre, el Agente de la Policía se dirigió a la plaza principal de San Pedro donde lo encontró y de inmediato le disparó con su carabina de dotación oficial, alcanzándolo en la cabeza y ocasionándole la muerte de inmediato.

"La víctima contaba con 31 años de edad, de estado civil casado y padre de tres hijos menores".

El mismo Tribunal, luego del análisis probatorio y a guisa de conclusión, expuso en su proveído:

"De estas precisiones se puede llegar a predicar que en realidad hubo una falla en el servicio y que los tres elementos constitutivos se han acreditado, esto es, la falla, el daño y la relación de conexidad, enfrentando así la Nación una responsabilidad y sólo quedará analizar si la conducta del admnistrado en parte alentó o produjo el desenlace hasta el punto que pueda hablarse de una responsabilidad compartida o compensación de culpas, total o parcial.

"La posición de Betancur que en años anteriores había sido ya sancionado por agresión a un uniformado, no fue una actuación ciudadana normal y antes bien en parte provocadora y desafiante, donde lo de la heladería Capri enseñaba un ánimo por lo menos atrevido de pulsar con la autoridad el uso o no de una carabina, algo temerario.

"Así también actuó en el Comando porque no recibiendo las órdenes del Comandante que se fuera a la casa y no pusiera problemas, no las aceptó abriendo la puerta de la guardia y saliendo a la calle.

"Y estos antecedentes no se pueden ignorar y deslindar de lo finalmente acontecido porque a no dudar el comportamiento de Betancur y las actitudes con las manos (levantadas) versión de Avendaño folios 104 y siguientes y de agarrar al agente Arango, folio 100 testimonio de Cáceres Suescún (fl. 100), admiten y sumando acciones previas, una predisposición a entender que la actuación del administrado podía ser beligerante, como también a observar que esa forma de atosigar, esto es de fatigar a la autoridad, tuvo que ver en el final desenlace que aunque no exime de la total responsabilidad si puede auspiciar en parte una compartida.

"Y esta conclusión resultado de lo arrojado en la etapa probatoria es muy lejana de la visión que inicialmente tuvieron los accionantes de lo ocurrido y narrado en el libelo demandatorio folios 23 y siguientes, donde con propiedad pero sin lógica, se afirma que el agente de policía se había dedicado a molestar a Betancur Avendaño desde horas antes, algo no comprobado, que le había hecho un disparo mientras departía pacíficamente con varios amigos en uno de los establecimientos del lugar, lo que tampoco sucedió, que el comandante del puesto de policía falló en el servicio porque no auxilió al ciudadano en peligro desarmando a su subalterno, cuando ello no tenía razón de ser, a menos que lo hiciera porque éste no se dejó desarmar de un civil, que fue lo que ocurrió en el establecimiento Capri y que fue detenido arbitrariamente, lejos de la realidad que enseñó lo contrario, una especie de complacencia para con Betancur que no cumplió con los consejos de la autoridad y se retiró del cuartel contrariando una orden.

"En consecuencia y aunque no podría llegar a desaparecer la falla en el servicio, sí se podrá tomar y por lo ya antes apuntado dentro de un justo razonamiento, que la Nación se exima en parte en la responsabilidad patrimonial que ha originado lo acontecido en el Municipio de San Pedro el 5 de febrero de 1984 y hasta en un cincuenta por ciento (50%)".

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal, la sentencia apelada merece ser confirmada, pero con la modificación de que la condena deberá hacerse por la totalidad de los perjuicios y no por el 50% como lo ordenó el Tribunal. De esa vista fiscal se destacan los siguientes apartes:

"El fallo de instancia encontró demostrados los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad civil del Estado, por cuanto las pruebas permitieron establecer que Jorge Alberto Betancur Avendaño falleció el 5 de febrero de 1984 como consecuencia de un disparo de carabina hecho por un agente de la Policía Nacional en momentos en que se encontraba prestando el servicio.

"Sin embargo el *a quo* consideró que en razón a que la víctima había sido sancionada con anterioridad por agresión a un uniformado y por haber tenido un altercado con el agente horas antes del asesinato, que se debe entender que su actuación fue provocada y beligerante y tuvo que ver con el desenlace final por lo cual determinó que en el caso analizado se presentaba una responsabilidad compartida que implicaba la disminución en un 50% de la indemnización ordenada.

"Este despacho comparte las consideraciones del fallador de instancia en cuanto afirma haber encontrado demostrados los elementos axiológicos exigidos para declarar la responsabilidad del Estado, pero se encuentra en desacuerdo en cuanto a la conclusión de la responsabilidad compartida, por las siguientes razones:

"De conformidad con las declaraciones presentadas por los testigos presenciales de los hechos Rodrigo de Jesús Gutiérrez (fls. 96 y ss.) guardián de la cárcel de San Pedro y Jhon Jairo Yepes (fls. 97 y ss.) quien se desempeñaba como celador, los acontecimientos que precedieron a la muerte del señor Betancur sucedieron así: El testigo Yepes Rodríguez cerca de las once de la noche del 4 de febrero de 1984, entró a la heladería Capri y vio en ese momento al Agente Arango y a Jorge Betancur quienes discutían acaloradamente; el Agente detuvo a Betancur, él se opuso alegando que no tenía por qué hacerlo, entonces el Agente lo amenazó con la carabina, el detenido quiso coger el arma, en eso llegaron más Agentes y Betancur finalmente fue conducido a la cárcel, donde fue recibido por el Comandante Cáceres Suescún, quien también aparece como declarante dentro del proceso y quien afirma que en la guardia de la cárcel le dijo a Jorge Betancur que no quería problemas y que si se comprometía a irse para la casa inmediatamente lo dejaba ir y así fue y el detenido salió a la calle; el mismo declarante Cáceres sigue relatando que un tiempo después salió y encontró nuevamente al Agente Arango discutiendo con Jorge Betancur y los requirió para que dejaran el problema, entonces el Agente se retiró y se fue con el Comandante Cáceres para un parque cercano. Como a las doce de la noche el Comandante en compañía del Agente Arango dieron una nueva ronda y encontraron a Betancur charlando con una muchacha, cuando pasaron al frente de Betancur se unió al grupo y más adelante le dijo al Agente que lo respetara para que él así mismo lo hiciera, en ese momento el Agente hizo un disparo, Jorge se dirigió al Agente y éste volvió a disparar hiriéndolo mortalmente en la cabeza.

"De los hechos narrados puede deducirse claramente la falla del servicio toda vez que el Agente de la Policía disparó sin ninguna razón justificativa, haciendo caso omiso de las obligaciones y procedimientos que deben cumplir los agentes del orden en el uso de las armas de dotación.

"En cuanto a la responsabilidad compartida que predica el Tribunal con argumentos como los de los antecedentes de la víctima, provocación a la autoridad y los hechos ocurridos en la heladería Capri horas antes del infausto suceso, este despacho no está de acuerdo. Por el contrario considera que todas esas circunstancias son completamente independientes de la falla del servicio en que incurrió el Agente y la actitud de la víctima, hasta donde se puede apreciar, no justifica la reacción desproporcionada del Agente.

"Otra circunstancia que pone en evidencia la total responsabilidad del Agente es la de encontrarse acompañado por otros miembros de la entidad al momento de disparar lo que implica que no estuvo en estado de indefensión y de haberlo estado, el supuesto agresor fácilmente hubiera podido ser controlado, máxime estando desarmado.

"Todo lo anterior lleva a la conclusión que en el caso analizado queda sin piso la teoría de la culpa de la víctima para declarar la responsabilidad compartida y con fundamento en ella disminuir en un 50% el monto de la indemnización debida a los demandantes.

"Los criterios acogidos por el fallador de instancia para ordenar la indemnización de conformidad con el dictamen pericial son acogidos por esta Fiscalía por cuanto parte de la base de los datos consignados en la declaración de renta de la víctima. Por lo tanto se solicita sean tenidos en cuenta en el fallo con la salvedad que debe ordenarse el pago de la totalidad, por los motivos anteriormente expuestos".

Hecho el recuento anterior, se anota:

Los motivos de la apelación, fueron sintetizados por el mismo recurrente en su escrito de marzo 2 del presente año, de la siguiente manera:

"a) Redujo, sin ninguna justificación, en un cincuenta por ciento, la indemnización a los demandantes;

"b) Seudoactualizó hasta el 28 de julio de 1985 la indemnización de los daños y perjuicios materiales pretendidos por la viuda de Betancur y sus hijos demandantes;

"c) Otorgó a los hermanos del finado Jorge Alberto Betancur Avendaño una suma verdaderamente ridícula como indemnización de los daños morales causados, y, no fue claro con los demás, y,

"d) Negó a todos los demandantes el perjuicio resultante de lo que le van a tener que pagar al abogado por hacer valer procesalmente sus derechos sin decir por qué".

La motivación en el presente caso seguirá ese derrotero, ya que la Sala estima que, en lo fundamental, la sentencia merece la confirmación, puesto que los supuestos de la responsabilidad estuvieron correctamente evaluados por el Tribunal.

La reducción de la condena.

El *a quo*, como se señaló atrás, redujo el valor de la indemnización al 50%; por cuanto la víctima con su conducta "atentó o produjo el desenlace hasta el punto que pueda hablarse de una responsabilidad compartida o compensación de culpas, total o parcial".

Esta apreciación aparece bien cuestionada por la fiscalía y la Sala prohíja su rechazo. Muestra la prueba testimonial que las discrepancias que puso de presente el Tribunal entre el agente autor del hecho y la víctima bien pudieron salvarse en forma civilizada y por los cauces normales policivos y no por el medio que desató la tragedia. Faltó prudencia al Comandante Cáceres Suescún, quien fue demasiado benigno con los contrincantes. Si Betancur había faltado al respeto al agente debió sancionarlo y no dejarlo en libertad, precisamente en ese momento de ofuscación, porque esta conducta implicaba desautorizar a su agente y agregaba al conflicto un nuevo ingrediente agravante. En cambio, si el irrespetado fue Betancur por el Agente Arango, este debió ser sancionado por el Comandante de la Policía y nada de eso se hizo.

De allí que para la Sala, la falla no puede tomarse aisladamente y sólo con referencia a la conducta del Agente Arango, sino que debe sumarse a esto, la desafortunada intervención de su superior jerárquico, con su pasividad cómplice, quien no estuvo a la altura de la misión que se le había encomendado y que miraba fundamentalmente al mantenimiento del orden público.

Por lo demás, los testimonios de Rodrigo de Jesús Gutiérrez (a fls. 96 y ss.), Jhon Jairo Yepes (a fls. 97 y ss.) y del Comandante Cáceres Suescún (a fls. 99 y ss.) coinciden en lo esencial, en especial en lo imprudente y excesivo que fue el acto del Agente Arango, hasta el punto que este último afirma en su declaración que "imediatamente que Jorge cayó al piso le dije al Agente Arango que ya la había embarrado, que me entregara el arma..."

Hay también otro detalle que muestra el exceso en el procedimiento oficial, porque los testigos dan a entender que Betancur estaba desarmado y que cuando sucedieron los hechos estaban presentes, además de Arango, el Agente Ricardo Castaño y el mismo Comandante Cáceres. No es lógico pensar que Betancur podía estar armado en esos momentos para justificar un asomo de legítima defensa. Recuérdese que los hechos ocurrieron luego de su liberación y cuando caminaba en compañía de los Agentes Arango y Castaño y del Comandante Cáceres, quien había permitido que se fuera para la casa a dormir.

Por lo dicho, la Sala estima que la indemnización deberá ser total. El normal funcionamiento del servicio policivo habría evitado,

con seguridad, la absurda tragedia. Con un elemental sentido de servicio, nada habría pasado.

La actualización de la condena.

El Tribunal para determinar el monto de la indemnización acogió, en su integridad, el dictamen de los peritos Vélez Maya y Sanín Lotero (a fls. 109 y ss.).

Para la Sala, como lo afirma el señor apoderado de los actores, el trabajo pericial no se ajusta a las previsiones del nuevo Código Administrativo, aunque sí acató la orientación jurisprudencial existente a ese respecto antes del 1º de marzo de 1984.

Esto impone que la condena tendrá que hacerse en abstracto con sujeción del nuevo mandato y por no existir dentro del proceso la prueba, hasta la fecha de los índices de precios al consumidor que para las actualizaciones de las condenas se exige en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Se observa que la certificación del DANE sólo va hasta marzo de 1985.

Dentro del nuevo sistema (Decreto 01 de 1984, art. 173 del C. C. A.), la actualización con base en los índices de precios al consumidor, le ha permitido a la jurisprudencia señalar los siguientes hitos, según que esa actualización se refiere a: a) Una suma fija; b) O a la indemnización compuesta por la suma de un número fijo de mensualidades o anualidades sucesivas, durante un período determinado de tiempo; y c) O a la indemnización anticipada durante un lapso determinado de tiempo hacia el futuro.

En este orden de ideas, se ha venido haciendo el siguiente desarrollo:

a) Actualización cifra única:

$$\text{Fórmula: } VP = S \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

De donde VP = valor presente, o sea el que se busca, el actual; *índice final*, o sea el que se certifique a la fecha en que se hace la actualización; normalmente a la fecha del fallo o de incidente regulador. *Indice inicial*, el existente a la fecha de la causación del perjuicio. Y *S*, o sea el capital o la suma que se actualiza.

b) *Indemnización vencida o consolidada.*

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

S = suma o indemnización que se busca.

Ra = renta mensual actualizada.

i = interés puro o técnico del 6% anual o 0.4867 mensual. Como se trabaja con 1 y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867.

n = mensualidades que comprende el período indemnizatorio

Para acatar el mandato del Código (art. 178 del C. C. A.) se trabaja en la fórmula con Ra y no R como la aplicaba el sistema anterior.

Aquí R (renta inicial) se actualiza con base en dichos índices y queda como Ra. Para lograrlo, la renta mensual debidamente probada dentro del proceso (por ejemplo, el ingreso laboral de la víctima al momento de su muerte) se actualiza aplicándole la fórmula del literal a) precedente.

c) *Indemnización futura o anticipada.*

Fórmula $S = Ra \times F$ o lo que es lo mismo $S = Ra \dfrac{(1 + i)^n - 1}{i\,(1 + i)^n}$

De donde:

S = valor indemnización; F = factor; Ra = renta actualizada (la misma de la fórmula anterior).

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

O sea:

i = 6% anual o 0.4867 mensual. En relación a 1 = 0.004867 mensual o 0.06 anual.

n = número de años o meses (período futuro).

En este tipo de indemnización no se podrá utilizar el sistema de los índices, porque la variación de estos hacia el futuro será meramente hipotética. Tampoco podrá hablarse de devaluación, porque su pago será anticipado.

El caso concreto.

Hechos los desarrollos anteriores, para la liquidación de la condena en el caso *sub júdice*, se tendrán en cuenta los siguientes elementos, teniendo en cuenta las fórmulas que se dejan explicadas:

1. Ingresos brutos anuales del señor José Alberto Betancur al momento de su muerte (febrero 5 de 1980) $ 858.936.00; 25% para su propia subsistencia $ 214.734.00; $ 644.202.00, suma que dejó de percibir su familia, de la cual el 50% corresponde a la cónyuge, señora Olga Lucía Mc. Ewen y el otro 50%, por partes iguales a cada uno de sus tres hijos.

2. Ingreso mensual que dejó de percibir la familia $ 53.683.50 o R; esta cifra se actualiza para buscar Ra, que es la que opera en la fórmula b) atrás explicada. Como es obvio, se hará la proporción en la forma indicada en el numeral 1.

3. El período indemnizatorio vencido (n en la fórmula b) desde el 5 de febrero de 1984 al de diciembre de 1987, fecha de esta sentencia.

4. Para la aplicación de la fórmula c) o de indemnización futura o anticipada, se tendrá en cuenta como vida probable del señor Betancur la que indica la necropsia, o sea 33 años. Para el efecto no se toma las que señalan las tablas de mortalidad del seguro social ni las de las compañías de seguros, por cuanto aquella (la de la necropsia) parte del examen médico del cuerpo de la víctima y sus antecedentes, y estas se basan en simples probabilidades.

Sólo a falta del experticio médico, se aplican las aludidas tablas.

Se toma su vida probable y no la de su viuda, porque el occiso era mayor que ésta.

5. Ra para indemnización futura será igual a Ra de la fórmula b). Se advierte que en estos eventos se trabaja ordinariamente con períodos anuales o *n* número de años.

6. Para evaluar los perjuicios materiales relacionados con los hijos menores, habrá que tenerse en cuenta que estos no se proyectan sino hasta la mayoridad.

Condena por perjuicios morales.

Critica el actor la sentencia, por cuanto considera que los hermanos fueron favorecidos con una suma verdaderamente ridícula por este concepto y porque "no fue claro con los demás".

Aquí la impugnación está centrada en la indemnización por daños morales otorgada por el Tribunal a favor de los hermanos del occiso.

Aunque la Sala ha dicho en forma repetida que aquí opera el arbitrio judicial, el extremo podrá ser aumentado en esta providencia, en vista de que la Sala como juez *ad quem* tiene amplios poderes de modificación, por cuanto la sentencia desfavorable parcialmente tanto para el demandante como para el demandado, vino a revisión por una doble vía: La apelación interpuesta por aquél y la consulta por referirse a la entidad pública condenada.

En este campo, cuando además se comprobaron las circunstancias familiares que rodeaban a los hermanos con el occiso la jurisprudencia ha señalado un equivalente en pesos de 250 gramos oro para cada uno de los damnificados y así se ordenará.

La condena del Tribunal se estima exigua y por fuera de la orientación jurisprudencial reiterada de esta Corporación.

Aunque las restantes condenas por perjuicios morales no fueron cuestionadas, a pesar de que existe una clara desarmonía entre la motivación y la resolutiva en relación con la condena a favor de la viuda y sus hijos, la Sala precisa que las cantidades en gramos oro se entienden para cada una de las personas mencionadas.

Los gastos de abogado.

Estima el recurrente que el Tribunal negó este extremo, sin dar razón alguna.

Para la Sala, aunque teóricamente puede tener razón el demandante, la entidad pública, por expreso mandato legal (art. 171 del C. C. A.) no podrá ser condenada en costas. Ante tal negativa sobra lucubrar sobre el tema, el que podría ser objeto de una reforma legal posterior.

Reflexión penal.

La Sala una vez más llama la atención al señor apoderado de la parte actora por la forma desobligante y desapacible que está utilizando al hacer la crítica del Tribunal de instancia, el cual merece todo el respeto y el acatamiento posibles.

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:

1. Confírmase la sentencia de febrero 16 del presente año, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto a su ordinal 1º y se revoca en el resto.

2. Como consecuencia:

La entidad demandada (La Nación —Ministerio de Defensa—) deberá pagar perjuicios materiales a favor de las siguientes personas: Olga Lucía Mc. Ewen vda. de Betancur y sus hijos Jorge Alberto, Juan Fernando y Jenaro Betancur Mc. Ewen. Esta condena se hace en abstracto, para su liquidación incidental, con sujeción a las pautas dadas en la motivación.

3. Deberá pagar así mismo la entidad, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos de 500 gramos oro para cada una de las personas mencionadas en el numeral precedente. Igual condena se hace a favor de Jenaro Enrique Betancur y María Teresa Avendaño.

Así mismo deberá pagar a favor de Antonio José, Jhon Jairo, Luz Amparo, María Teresa, María Eugenia, María Cristina, Luz Estela, Gloria Lucía, Beatriz Elena, Marta Cecilia y Jenaro Alonso Bentacur Avendaño, hermanos del occiso, el equivalente en pesos de 250 gramos oro para cada uno.

Esta condena por perjuicios morales se entiende en concreto; y la equivalencia de los gramos oro la certificará el Banco de la República a la fecha de este proveído.

4. El fallo deberá cumplirse dentro de los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. Los intereses señalados en aquél correrán, para la condena en perjuicios morales, a partir de la ejecutoria de este fallo; y para la condena de los materiales, a partir de la ejecutoria del auto que los liquide.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 16 de diciembre de 1987.

Julio César Uribe Acosta, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Ausente; *Jorge Valencia Arango.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

INDICE
GENERAL

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE
FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO I
CONSULTAS DEL GOBIERNO

Págs.

1. Ministerio de Educación Nacional. Consulta formulada acerca de la naturaleza jurídica y carácter del Fondo Acumulativo de la Universidad del Cauca (Concepto de mayo 14 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 108. Publicación autorizada el 9 de julio de 1987). 9

2. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta acerca de la interpretación y aplicación de la Ley 4ª de 1966 por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones (Concepto de mayo 21 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 111. Publicación autorizada el 26 de mayo de 1987). 17

3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Consulta formulada sobre la vida jurídica de los procesos que cursaban en única instancia en el Consejo de Estado por la fecha de su destrucción, el 6 de noviembre de 1985 (Concepto de mayo 27 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 113. Publicación autorizada el 25 de junio de 1987). 21

4. Ministerio de Defensa Nacional. Consulta formulada sobre el carácter de los Auditores de Guerra y el tratamiento fiscal que le es aplicable (Concepto de junio 3 de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 118. Publicación autorizada el 16 de junio de 1987). 24

5. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta formulada acerca de la interpretación del artículo 63 del Código de Comercio (Concepto de 17 de junio de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 117. Publicación autorizada el 24 de junio de 1987). 27

6. Ministerio de Desarrollo Económico. Se formula la consulta acerca de la aplicabilidad de las normas de protección a la industria y trabajo

Págs.

nacionales en los contratos de empréstitos externos suscritos entre un municipio y una entidad financiera internacional de carácter público (Concepto de 8 de julio de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 121. Publicación autorizada el 14 de septiembre de 1987). 31

7. Ministerio de Educación Nacional. Consulta formulada acerca de la viabilidad legal para que los Senadores y Representantes, celebren contrato de prestación de servicios docentes con universidades (Concepto de 10 de julio de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 124. Publicación autorizada el 31 de agosto de 1987). 37

8. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta formulada acerca de la capacidad de una sociedad disuelta y en proceso de liquidación, de obtener licencia o renovación para realización de eventos y apuestas hípicos (Concepto de 23 de julio de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 128. Publicación autorizada el 5 de agosto de 1987). 43

9. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta formulada acerca de la viabilidad jurídica de atender peticiones de consulta y expedición de copias sobre las solicitudes de licencias de importación, después de vencidos los términos con que cuenta la Junta de Importaciones para decidir o después de adoptar sus decisiones (Concepto de 5 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 125. Publicación autorizada el 28 de agosto de 1987). 49

10. Ministerio de Minas y Energía. Consulta sobre la viabilidad de pactar en los contratos administrativos o de derecho privado de la administración, una cláusula que permite el pago de intereses de mora a los contratistas (Concepto de 10 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 115. Publicación autorizada, octubre 8 de 1987). ... 56

11. Ministerio de Gobierno. Consulta acerca de la actuación del Ministerio Público en los procesos que se sigan ante la justicia contencioso administrativa (Concepto de 12 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 136. Publicación autorizada el 25 de agosto de 1987). 65

Salvamento de voto. Doctor Humberto Mora Osejo. 69

12. Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Consulta formulada sobre la naturaleza jurídica de los actos de adjudicación u otorgamiento de los permisos para servir rutas y horarios expedidos por el INTRA (Concepto de 13 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 127. Publicación autorizada el 14 de septiembre de 1987). 73

Págs.

13. Ministerio de Hacienda. Consulta formulada acerca de la aplicación de la Ley 75 de 1986 —Artículo 35—. A los docentes y profesores de universidades oficiales (Concepto de 13 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 123. Publicación autorizada el 9 de septiembre de 1987). 78

14. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Consulta formulada sobre competencia del Concejo de Bogotá para ordenar la elección de Juntas Administradoras Zonales, mediante la votación directa de los ciudadanos y fecha de dicha elección (Concepto de 20 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 140. Publicación autorizada el 28 de agosto de 1987). 83

15. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta formulada sobre Notarios, Registradores y sus empleados subalternos. Afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión Social (Concepto de 21 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 134. Publicación autorizada el 23 de septiembre de 1987). 89

16. Ministerio de Educación Nacional. Consulta formulada sobre el derecho que pueda asistir a los profesores universitarios oficiales a devengar gastos de representación (Concepto de 24 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 137. Publicación autorizada el 9 de agosto de 1987). 92

17. Ministerio de Educación Nacional. Consulta acerca del procedimiento que debe seguir la Junta Central de Contadores, creada por el Decreto legislativo 2373 de 1956 (Concepto de 31 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 141. Publicación autorizada el 10 de septiembre de 1987). 97

18. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta formulada sobre si la prestación del artículo 6º, Decreto-ley 294 de 1981 llamado "del estímulo al ahorro para la vivienda", puede aplicarse como factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales a los empleados oficiales del Instituto de Crédito Territorial (Concepto del 31 de agosto de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 145. Publicación autorizada el 14 de agosto de 1987). 101

19. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta acerca de la pertinencia legal de efectuar el pago de los encargos a los funcionarios que desempeñen mediante dicha figura, las funciones del titular, al estar éste disfrutando de vacaciones (Concepto de 3 de septiembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 152. Publicación de octubre 5 de 1987). 105

Págs.

20. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Consulta formulada acerca de si las Instituciones de Educación Superior pueden modificar los requisitos establecidos en el Decreto 3200 de 1979 por medio de sus reglamentos académicos internos (Concepto de 8 de septiembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 142. Publicación autorizada el 10 de septiembre de 1987). 109

21. Ministerio de Gobierno. Consulta acerca de los alcances del artículo 11 de la Ley 3ª de 1986 (hoy art. 231 del Decreto-ley 1222 de 1986), que faculta a la Asamblea Departamental, por iniciativa del Gobierno, de clasificación de empleos del Departamento (Concepto de 10 de septiembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 146. Publicación autorizada el 20 de octubre de 1987). 113

22. Ministerio de Minas y Energía. Se consulta si la exención establecida por la Ley 30 de 1982, artículo 5º, a los asfaltos, continúa vigente no obstante las nuevas disposiciones reorgánicas de los gravámenes (Concepto de 17 de septiembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 147. Publicación autorizada el 30 de septiembre de 1987). ... 119

23. Departamento Administrativo de Seguridad. Se formula la consulta sobre si hay lugar al pago de sueldos y demás emolumentos a los particulares de los detectives de dicha entidad, desde la fecha de su secuestro hasta la de su liberación, o si se paga a los agentes en cautiverio, una vez rescatados (Concepto de 24 de septiembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 156. Publicación autorizada el 30 de septiembre de 1987). 122

24. Ministerio de Minas y Energía. Se consulta si Ecominas como entidad empleadora tiene la obligación de reconocer y pagar las pensiones de sus empleados, y, caso dado cuál sería entonces la entidad de previsión social a la que debería aplicarse para el traslado de este riesgo (Concepto de 28 de septiembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 151. Publicación autorizada el 14 de octubre de 1987). 125

25. Ministerio de Educación Nacional. Se consulta sobre el contenido del artículo 30 del Decreto 1820 de 1983, la educación superior abierta y a distancia (Concepto de 30 de septiembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 150. Publicación autorizada el 14 de octubre de 1987). 132

26. Ministerio de Gobierno. Consulta acerca de la aplicación de los Decretos 2241 de 1986, 1488 de 1986 y 3492 de 1986 (Código Electoral, organización electoral) (Concepto de 4 de noviembre de 1987. Sala

Págs.

de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 164. Publicación autorizada el 19 de noviembre de 1987). 137

27. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Consulta acerca de si las Empresas de Desarrollo Urbano están sujetas al artículo 67 del Decreto extraordinario 77 de 1987 (Concepto de 25 de noviembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 167. Publicación autorizada el 30 de noviembre de 1987). 143

28. Ministerio de Gobierno. Consulta acerca de la aplicación de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades para contratar (Concepto de 3 de diciembre de 1987. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 169. Publicación autorizada el 10 de diciembre de 1987). 147

CAPITULO II

CREDITOS ADICIONALES

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Créditos presupuestales adicionales. 1. Para cubrir faltantes de apropiaciones. 2. Trámite previsto en el artículo 106 del Decreto-ley 294 de 1973. Plan de Desarrollo Económico y Social (art. 80 de la C. N.). Necesidad de su vigencia. 3. Según lo dispuesto en el artículo 212 de la Constitución Nacional, para que el Gobierno Nacional pueda abrir un crédito adicional al presupuesto a través del trámite y con el cumplimiento de los requisitos a que se ha hecho referencia, el Congreso no debe estar sesionando y las partidas que en él se excluyan no pueden haber sido rechazadas por el Parlamento (Concepto de 15 de julio de 1987. Expediente número C-051. Crédito adicional. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos). 153

Salvamento de voto. Doctor Julio César Uribe Acosta. 190

Salvamento de voto. Doctor Simón Rodríguez Rodríguez. 211

Salvamento de voto. Doctor Carmelo Martínez Conn. 219

Salvamento de voto. Doctor Samuel Buitrago Hurtado. 221

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS Y OTROS ACTOS DEL GOBIERNO

Págs.

1. DECRETO REGLAMENTARIO. Impuesto de renta y complementarios. Liquidación de revisión. Acción de nulidad contra el Decreto 3834 de 1985, proferido por el Gobierno Nacional (Auto de julio 10 de 1987. Sección Cuarta. Ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1266. Actor: Silvio Pulido Pinto). 225

2. DECRETO REGLAMENTARIO. Amnistía tributaria. Acción de nulidad contra el Decreto 260 del 6 de febrero de 1987, proferido por el Ministerio de Hacienda (Auto de julio 10 de 1987. Sección Cuarta. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1620. Actor: Sofía Regueros de Ladrón de Guevara). 232

3. DECRETO REGLAMENTARIO. Purga de ilegalidad. Supervención o superlegalización. Acción de nulidad contra el Decreto 1210 de mayo 22 de 1984, proferido por el señor Presidente de la República (Auto de septiembre 15 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 342. Actor: Jorge Gómez Pinzón). 238

4. DECRETO REGLAMENTARIO. Dirección Nacional del Derecho de Autor. Convocatoria para Asamblea de Asociados. Facultad suspensiva de reuniones ordinarias o extraordinarias de esta Asamblea. Acción de nulidad contra el Decreto 3116 de diciembre 21 de 1984 (Sentencia de septiembre 15 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 184. Actor: Asociación Colombiana de Autores y compositores ACDAYC). 242

5. DECRETO REGLAMENTARIO. Aportes para la financiación de CAXDAC. Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles. Acción de nulidad contra los Decretos 3488, 3489 y 3490 de diciembre 26 de 1980 (Sentencia de septiembre 29 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 256. Actor: Transportes Aéreos Nacionales S. A. TANA). ... 253

Págs.

6. DECRETO AUTONOMO O CONSTITUCIONAL. Intervención en el ahorro privado. Facultades del Presidente. Acción de nulidad contra el Decreto 1084 de abril 30 de 1981 (Sentencia de septiembre 11 de 1987. Sección Cuarta. Ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0007. Actor: Mario Alario Méndez). 260

7. DECRETO REGLAMENTARIO. Potestad reglamentaria. Moneda: Competencia constitucional. Acción de nulidad contra el Decreto 1226 de 1986 (Sentencia de noviembre 26 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expedientes números 373-376. Actor: Reinel Muñoz Zúñiga y otros). 269

8. DECRETO REGLAMENTARIO. Retención en la fuente. Impuesto sobre la renta. Acción de nulidad contra el Decreto 2579 de 1983 (Sentencia de noviembre 20 de 1987. Sección Cuarta. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1082. Actor: James W. F. Raisbeck). 278

9. DECRETO REGLAMENTARIO. Intendencia Especial de San Andrés y Providencia. Régimen especial. Acción de nulidad contra el Decreto 0230 de 1985 (Sentencia de noviembre 20 de 1987. Sección Cuarta. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1102. Actor: Adriana Tello Jordán). 284

10. DECRETO REGLAMENTARIO. La norma reglamentaria no necesariamente debe hacer reproducción exhaustiva y literal de la ley. Acción de nulidad contra el Decreto 0350 de febrero 19 de 1987 (Auto de diciembre 11 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 595. Actor: Jaime Horta Díaz). 287

11. DECRETO REGLAMENTARIO. Potestad reglamentaria. Código Carcelario. Acción de nulidad contra el Decreto 1419 de julio 18 de 1975 (Sentencia de diciembre 18 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 451. Actor: Carlos Arturo Toro López). 293

12. DECRETO REGLAMENTARIO. Investigación disciplinaria. Acción de nulidad contra el Decreto 482 de febrero 19 de 1985 (Sentencia de diciembre 19 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 186. Actor: María Luisa Pinzón Jaimes). 301

13. DECRETO EJECUTIVO. Derecho penal y derecho administrativo. Acción de restablecimiento del derecho. Decretos 1647 de junio 29 de 1984, 1935 de agosto 8 de 1984 y 2307 de septiembre 18 de 1984 (Sentencia de diciembre 11 de 1987. Sección Segunda. Ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1331. Actor: Luis Suárez Cifuentes). 308

Págs.

14. DECRETO REGLAMENTARIO. Pensión de jubilación de reincorporado al servicio oficial. Revisión o reajuste con base en cualquier tiempo de servicio. Acción de nulidad contra el Decreto 1313 de 1.985, artículo 79 (Sentencia de diciembre 18 de 1987. Sección Segunda. Ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente número 1346. Actor: Javier Valderrama y otra). 324

15. DECRETO REGLAMENTARIO. Cesantía. Liquidación parcial o préstamo de ésta. Decrétase la nulidad del párrafo final del inciso 3º, numeral 2 del artículo 3º del Decreto reglamentario 2076 de 1967 (Sentencia de 18 de diciembre de 1987. Sección Segunda. Ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente número 2102. Actor: Hernán Darío Velásquez Gómez). 333

CAPITULO II

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE DECRETOS Y OTROS ACTOS DEL GOBIERNO

1. DECRETO EJECUTIVO. Delegación de funciones. Acción de nulidad contra el Decreto 2816 de 1986, artículo 1º. Se decretó la suspensión provisional (Auto de julio 21 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 475. Actor: Jorge Alberto Guerrero Lozano). 343

2. DECRETO REGLAMENTARIO. Acuerdo de Cartagena. Productos desgravados. Acción de nulidad contra los Decretos 1312 de 1983, artículos 1º, 2º, 3º; 1788 de 1983, artículo 1º; y Decreto 2053 de 1984, artículo 1º. Suspensión provisional del Decreto 1312 de 1983, artículo 1º (Auto de julio 23 de 1987. Sección Cuarta. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1722. Actor: Omar Augusto Ferreira). 346

3. DECRETO REGLAMENTARIO. Retención en la fuente. Sujetos de retención. Acción de nulidad contra el Decreto 2775 de 1983, artículo 7º. Se decretó la suspensión provisional de una frase (Auto de agosto 19 de 1987. Sección Cuarta. Ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1625. Actor: Carlos Julio Castro Medina). . . . 348

4. DECRETO REGLAMENTARIO. Profesión u oficio, títulos de idoneidad. Acción de nulidad contra el Decreto 1131 de abril 20 de 1983, artículos 1º al 16. Se decretó la suspensión provisional (Auto de septiembre 3 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 624. Actor: Juan Manuel Arboleda P.). 350

5. DECRETO REGLAMENTARIO. Procurador General de la Nación. Reemplazo por falta temporal o impedimento. Acción de nulidad contra el Decreto 3404 de diciembre 13 de 1983, artículo 35 inciso 1 *in fine*. Se suspendió provisionalmente (Auto de septiembre 12 de 1987. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 494. Actor: Fabio Valencia Cossio). 353

Págs.

6. DECRETO REGLAMENTARIO. Sindicatos. Huelga o solicitud de arbitramento. Acción de nulidad contra el Decreto 477 de 1986, artículo 1º, inciso 2º. Se suspendió provisionalmente una frase (Auto de septiembre 7 de 1987. Sección Segunda. Ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente número 1979. Actor: Jairo Higuita Higuita). 356

7. DECRETO REGLAMENTARIO. Acción de nulidad contra el Decreto 732 de 1976, artículo 6º. Se suspendió provisionalmente (Auto de octubre 23 de 1987. Sección Segunda. Ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 2819. Actor: Antonio José Guerrero Quintero). 360

8. DECRETO REGLAMENTARIO. Acción de nulidad contra el Decreto 80 de 1984, artículo 27. Se suspendió provisionalmente una expresión de la norma demandada (Auto de octubre 26 de 1987. Sección Cuarta. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1720. Actor: Emilio Wills Cervantes). 364

9. DECRETO REGLAMENTARIO. Indemnización fijada por peritos y aprobada por el Alcalde. Acción de nulidad contra el Decreto 2477 de 1986, artículo 187, inciso 2º. Se suspende provisionalmente una expresión (Auto de noviembre 13 de 1987. Sección Tercera. Ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5196. Actor: Fernando A. Baquero Lozano). 369

CAPITULO III

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Sanción disciplinaria y sanción legal. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 07967 del 6 de noviembre de 1979 y 0780 de septiembre 20 del mismo año (Sentencia de julio 29 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente número 1063. Actor: José Torregroza Rozo). 375

2. Ministerio de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público. Competencia de las Secciones del Consejo de Estado. Acción de restablecimiento del derecho contra el Decreto 196 de 17 de enero de 1986, artículos 1º a 4º (Auto de agosto 6 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 327. Actor: Occidental de Colombia INC. y otra). 381

3. Ministerio de Justicia. Decaimiento del acto administrativo. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 334 y 46 de 1985 y febrero 12 de 1986 (Sentencia de septiembre 12 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 330. Actor: Andrés Calle López). 384

Págs.

4. Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social. Funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Policía Laboral. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 54 y 130 de 1986 (Auto de septiembre 14 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente número 2426. Actor: Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá). 390

5. Ministerio de Educación Nacional. Derechos adquiridos. Institutos docentes. Temporalidad de cualquier autorización de funcionamiento. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 3651 de junio 30 de 1983 (Sentencia de noviembre 13 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 64. Actor: Colegio Eymard). 392

6. Ministerio de Hacienda y de Crédito Público. Contraloría General de la República. Control numérico dentro del despacho de mercancías. Acción de nulidad contra el Capítulo VII del Manual de Control Fiscal Específico número 65 para el ejercicio del control fiscal en la Dirección General de Aduanas (Auto de octubre 30 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 690. Actor: Rafael Rodríguez Calle). 399

CAPITULO IV

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE RESOLUCIONES MINISTERIALES Y DE OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1. Ministerio de Comunicaciones. Licencias para estaciones de radiodifusión sonora en frecuencia modulada. Suspensión provisional de la Resolución número 1634 de 21 de abril de 1986, artículo 3º (Auto de septiembre 25 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 519. Actor: Ciro Alfonso Gómez Rodríguez). 405

CAPITULO V

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. Procuraduría General de la Nación. Banco de la República. Naturaleza. Establecimientos públicos. El banco y sus trabajadores. Superintendencia Bancaria. Procurador General de la Nación. Procesos disciplinarios. Empleados de la Rama Ejecutiva y de las Contralorías

Págs.

y quienes sin tener el carácter de los empleados que ejerzan funciones públicas en estos ramos. Intervención en el banco emisor. Acción de nulidad contra la Resolución 33 de octubre 16 de de 1985 (Sentencia de julio 17 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 01. Actor: Banco de la República). 411

2. Consejo Nacional Electoral. Medios de comunicación. Espacios de comunicación. Difusión de programas de los partidos políticos. Uso gratuito. Acción de nulidad contra la Resolución 25 de abril 1º de 1986, y comunicación 33 del 9 de abril del mismo año (Sentencia de julio 21 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 224. Actor: Luis Enrique Agudelo Pino). 432

3. Superintendencia de Industria y Comercio y de Desarrollo Económico. Marca. Registro. Acción de nulidad contra las Resoluciones 2589 del 21 de julio de 1980, 4149 del 18 de diciembre de 1981. 045 del 29 de marzo de 1983 (Sentencia de julio 29 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 176. Actor. Kennametal INC.). 437

4. Banco de la República. Remesa de utilidades de inversionistas extranjeros. Utilidades netas comprobadas. Utilidades netas. Dividendos. Reparto. Acción de restablecimiento del derecho contra los Oficios números OCB J 10251 del 30 de agosto y OCB J 12893 del 25 de octubre de 1985 (Sentencia de julio 6 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 124. Actor: Maizena S. A.). 449

5. Comisión Nacional de Valores. Sociedad anónima abierta. Acción de nulidad contra el Oficio 124 DJP de 21 de febrero de 1984 (Sentencia de julio 6 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0581. Actor: Banco Comercial Antioqueño). 456

6. Consejo Nacional de Estupefacientes y Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Actos administrativos del Consejo Nacional de Estupefacientes y del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Acción de restablecimiento del derecho contra el Oficio 1696 de 3 de mayo de 1984, del Acta 20 de 1984, del mensaje general 031 546 MCBOYADO del 3 de mayo de 1984 (Sentencia de agosto 4 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 96. Actor: Oscar Rafael Pineda Montañez). 460

7. Consejo Nacional de Estupefacientes. Documentos públicos. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 0072 de julio 18 de

Págs.

1985 (Sentencia de agosto 4 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 61. Actor: Nelson Fabio Sierra Pastrana). 475

8. Servicio Nacional de Aprendizaje. SENA. Derechos adquiridos en materia impositiva. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 172 de 23 de junio, 293 de 19 de agosto y 3035 de 14 de octubre, todas de 1983 (Sentencia de agosto 14 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 197. Actor: Centro Internacional de Agricultura Tropical, CIAT). 482

9. Superintendencia de Sociedades. Revisor fiscal de sociedades. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución SV-CIR-05110 de julio 18 de 1983; también contra la Resolución SV-CIR-07103 de 5 de octubre de 1983 (Sentencia de agosto 13 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente [illegible]. Actor: Ricardo Ayala Vela). 493

10. Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Contratos administrativos. Incumplimiento. Sanciones. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 312 y 760 de 7 de febrero y 17 de marzo de 1983 (Sentencia de agosto 13 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente número 4145(38). Actor: Monsalve Vélez Ltda.). 501

11. Dirección Marítima y Portuaria. Funciones de poder de policía de la misma. Funciones judiciales. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones de 8 de octubre de 1982, 3 de febrero de 1983, 15 de junio de 1981, 17 de julio de 1981 y 26 de febrero de 1982 (Sentencia de septiembre 10 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente número 3939. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S. A.). 507

12. Empresa Puertos de Colombia. Colpuertos. Tarifas fijación. Acción de nulidad contra la Resolución número 496 de 1984 (Sentencia de septiembre 15 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 149. Actor: Ramiro Araújo Segovia). 532

13. Contraloría General de la República. Contralor General del Quindío. Contralorías. Los actos de refrendación, de erogaciones y órdenes de suministro o de trabajo o el giro de cheques realizados por ésta en otra entidad son nulos. Acción de nulidad contra la Resolución 25 de 13 de mayo de 1986 (Sentencia de septiembre 15 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 473. Actor: José Jesús Laverde Ospina). 537

Págs.

14. Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos. Intervención del Estado en la economía. Servicios públicos. Junta Nacional. Tarifas de servicios en el Distrito Especial de Bogotá. Acción de nulidad contra las Resoluciones 050 del 14 de julio de 1983, 031 del 26 de junio de 1984, 047 de 8 de mayo de 1986 (Sentencia de septiembre 24 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 446. Actor: Alejandro Cruz Guarín). 542

15. Junta Monetaria. Competencias en el sector financiero. Entidades que intervienen el sector financiero. Cupos de créditos y cupos de capitalización financiero. Ley de fomento financiero. Acción de nulidad contra la Resolución número 84 de 20 de noviembre de 1985, artículo 30 (Sentencia de octubre 16 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1150. Actor: Sociedad de Agricultores de Colombia SAC). ... 550

Salvamento de voto. Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. ... 559

16. Superintendencia de Industria y Comercio. División de propiedad industrial. Propiedad industrial. Patentes de invención. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 3360 de 24 de octubre de 1979 y 528 de 25 de mayo de 1982 (Ministerio de Desarrollo Económico) (Sentencia de noviembre 13 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 51. Actor: Cabot Corporation). 567

17. Contraloría General de la República. Funciones de la misma. Acción de nulidad contra el concepto CJ 257 de agosto 4 de 1983, en una locución (Sentencia de 16 de septiembre de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 16. Actor: Edgardo Caicedo Rivas). ... 576

18. Empresa Nacional de Telecomunicaciones. Carrera Administrativa. Ascensos. Se determinan por concurso. Traslados. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución JD-038 de 21 de septiembre de 1982 (Sentencia de 27 de noviembre de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1427. Actor: Daniel Eduardo Ronderos Tobón). 580

19. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Declaratoria descriptiva de inmuebles entre 100 y 500 hectáreas. Acción de revisión contra las expresiones "dentro del plazo" que figura en el artículo 1º y "dentro del término de tres meses, contados a partir de la publicación del presente acuerdo, en el Diario Oficial" contenido en el artículo 6º, ambos del Acuerdo número 3 de 1971, dictado por la Junta Directiva (Sentencia de noviembre 19 de 1987. Sala de lo Contencioso Adminis-

Págs.

trativo. Sección Tercera. Ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 4933. Actor: Bernardo Carreño). 587

20. Dirección Nacional de Impuestos Nacionales. Impuestos a las ventas. Jugos de frutas. Su inclusión como declarantes bimestrales de dicho impuesto. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 0612 de noviembre 26 de 1982 y la 000093 de 22 de julio de 1983 (Sentencia de noviembre 20 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 1029. Actor: Jugos Sabrosos Ltda.). 599

21. Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente. INDERENA. Vigencia de la ley. La insubsistencia decretada, preexistiendo un proceso de naturaleza disciplinaria no equivale a destitución. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución número 0957 de septiembre 26 de 1984, expedida por el señor Gerente General (Sentencia de septiembre 1º de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente número 2175. Actor: Gabriel Moreno Mosquera). 604

Salvamento de voto. Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. 609

22. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Petición de desafectación de predios. Propietarios de predios rurales que celebren contratos de aparcería. Adquisición de predios por INCORA. Título traslaticio de dominio. Modo de adquisición. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 137 de agosto 25 de 1976 y 130 de agosto 3 de 1977 expedidas por la Junta Directiva (Sentencia de octubre 27 de 1987. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número R-038. Actor: Raimundo Sánchez). 617

23. Superintendencia Bancaria. Junta Monetaria. Policía administrativa. Sanciones impuestas por la Superintendencia Bancaria, por defectos en el encaje legal de las Corporaciones vigiladas. Encaje legal a constituir por las Corporaciones financieras. Facultad de la Junta Monetaria. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 6758 de 29 de diciembre de 1980 (Sentencia de octubre 9 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1042. Actor: Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda. DAVIVIENDA). 628

Salvamento de voto. Doctor Carmelo Martínez Conn. 636

24. Superintendencia Bancaria. Junta Monetaria. Policía administrativa. cesión sobre sustancia química aplicable en agricultura. Casos exentos de concesión de patentes. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución número 1101 de 4 de junio de 1981 (Sentencia de diciembre 9 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

Págs.

Primera. Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 72. Actor: Monsanto Company). 638

25. Instituto Nacional de Radio y Televisión. Estatutos de personal de las entidades descentralizadas. Empleados administrativos. Retiro o despido. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 02371 y 2395 de 13 y 15 de mayo de 1981, respectivamente (Sentencia de diciembre 18 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente número 232. Actor: Alfonso José Medina Vega y otro). 647

26. Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables. Permisos comunes de explotación de materiales de arrastre. Acción de nulidad contra las Resoluciones 016 de 31 de enero de 1984 y 074 de 2 de abril de 1984 que confirmó la anterior, proferidas por el Coordinador Regional de PROCAM Inderena Tolima (Sentencia de diciembre 11 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5178. Actor: Misael Martínez Cabrera). 663

Salvamento de voto. Doctor Jorge Valencia Arango. 672

CAPITULO VI

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. Comando del Ejército. Cooperativa acreedora o retenciones que toda persona o entidad oficial o privada estará obligada sobre cualquier cantidad que haya que pagar a sus trabajadores, por sumas que estos adeuden a las cooperativas. Suspéndese provisionalmente y en forma parcial las Circulares 19175 CEDEI SD 029; 30562 CEDEI SD 029 y 25383 CEDEI SD 029 de fechas 7 de marzo y 24 de agosto de 1984 y 10 de septiembre de 1985, respectivamente, pero solamente en cuanto establece el límite del 50% con destino a las cooperativas para descuento de los sueldos de personal adscrito a las Fuerzas Militares (Auto de octubre 2 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 366. Actor: Nelson Parra Leyva). 675

2. Dirección General de Aduanas. Gravámenes de las importaciones originarias y procedentes del Acuerdo de Cartagena. Prohibición legal de modificación de los niveles de gravámenes por los países miembros al igual que de introducir nuevas restricciones. Suspéndese provisionalmente los efectos del numeral 7º de la Circular 984 de 30 de diciembre de 1986, en una parte (Auto de noviembre 13 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1693. Actor: Federación

Págs.

Colombiana de Industrias Metalúrgicas FEDEMETAL). 679

3. Comité Nacional de Cafeteros. Registro de exportación de café. Su reglamentación sólo cabe hacerla por ley, al Incomex. Suspéndese provisionalmente los efectos de la Resolución 9 de 8 de noviembre de 1984 (Sentencia de noviembre 27 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 445. Actor: Mario López Valencia). 684

4. FOCINE. Bonificaciones por servicios prestados para los trabajadores de FOCINE. Suspéndese provisionalmente el Acuerdo 0018 de 19 de diciembre de 1985, expedido por la Junta Directiva (Auto de diciembre 4 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente 2635. Actor: Hugo Latorre Donado). 689

5. Dirección General de Aduanas. Acuerdo de Cartagena. Liberación del comercio entre los países de la subregión. Suspéndese provisionalmente una frase de la Circular número 984 de 30 de diciembre de 1986 (Auto de diciembre 3 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1832. Actor: Buenaventura León León). 691

CAPITULO VII

ACTOS NO ADMINISTRATIVOS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

1. Banco Cafetero. Naturaleza jurídica. Norma creadora. Decreto 2130 de 1968. Objeto. Empresas industriales y comerciales del Estado. Jurisdicción de conocimiento de sus actos y hechos ya de naturaleza privada o de naturaleza administrativa. Apelación contra el auto de abril 25 de 1987 del Tribunal Administrativo de Santander, en virtud del cual se inadmitió la demanda (Auto de octubre 8 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5130. Actor: Mario Ovidio Durán Suárez). 697

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

1. Gobernación de Risaralda. Sustracción de materia. Actos de elección como actos condición. Acción de nulidad contra el Decreto 0531

Págs.

de 5 de septiembre de 1986 (Sentencia de julio 9 de 1987. Sala Contencioso Electoral. Ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente número E-102. Actor: José Francisco Mejía Annicchiarico). 707

2. Gobernación del Quindío. Comunicaciones de la Administración. Acción de nulidad contra el Decreto 571 de diciembre 16 de 1985 (Sentencia de agosto 21 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 516. Actor: José Jesús Laverde Ospina). 716

3. Gobernación de Cundinamarca. Asambleas Departamentales. Facultad impositiva. Acción de nulidad contra articulado del Decreto 3546 de 9 de octubre de 1981 (Sentencia de octubre 19 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1178. Actor: Ignacio Escobar Uribe). 719

4. Gobernación del Huila. Facultades otorgadas a los Gobernadores por las Asambleas Departamentales. Acción de nulidad contra el Decreto 163 de marzo 10 de 1984 (Sentencia de noviembre 30 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 122. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo). 729

CAPITULO II

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

1. Asamblea Departamental de Sucre. Integración de la Junta de Licitaciones modificación de una ordenanza. Acción de nulidad contra la Ordenanza 12 de noviembre 30 de 1986 (Auto de agosto 20 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 683. Actor: Jaime García Chadid). 737

2. Asamblea Departamental de Santander. Entidades administrativas. Deslinde y amojonamiento. Ley 62 de 1939. Acción de nulidad contra la Ordenanza número 02 de 27 de octubre de 1983 (Sentencia de octubre 8 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 351. Actor: Fidel Enrique Moreno). 741

3. Asamblea Departamental del Quindío. Tareas a cumplir a través de ordenanzas por parte de las Asambleas. Organización. Partidas anuales para gastos totales de las Contralorías. Acción de nulidad contra la Ordenanza 22 de 1981 (Sentencia de noviembre 7 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 429. Actor: José Jesús Laverde Ospina). 759

Págs.

1. Asamblea Departamental del Cesar. Ordenanzas departamentales. Inversiones y participaciones de fondos departamentales. Recurso de apelación. Acción de nulidad contra las Ordenanzas 002 de noviembre 15 de 1983, y 01 de 1984 (Sentencia de diciembre 18 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente número 2676. Actor: José María Pacheco Crespedes). 768

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. Contraloría General del Quindío. Comunicaciones de la Administración. Acción de nulidad contra el Oficio 667 de 1987 expedido por la Secretaría General (Auto de 21 de agosto de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 645. Actor: José Jesús Oviedo Quintana). 777

2. Catastro de Risaralda. Seccional. Avalúo Catastral. Acción de nulidad de la Resolución 66-001-227-84, de 18 de diciembre de 1984 (Sentencia de agosto 31 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 418. Actor: Sociedad La Angelita Ltda.). 779

CAPITULO IV

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. Gobernación del Atlántico. Presupuesto departamental, vigencia fiscal 1986. Se decreta provisionalmente el Decreto 382 de 19 de diciembre de 1986 (Auto de diciembre 9 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 714. Actor: Hugo Alberto Anaya Laurents). 789

2. Hospital Federico Lleras Acosta. Prestaciones sociales. Prima de anestesia. Suspéndese provisionalmente los efectos de las Resoluciones números 1637 de 1981 y 1850 de 1983 de la Junta Directiva del Hospital en mención y 13021 de 1981 expedida por el señor Ministro de Salud (Auto de 7 de diciembre de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente número 2906. Actor: Jaime Pimienta Brito). 795

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS ALCALDES

1. Alcaldía Municipal de Vélez, Santander. Presupuesto de rentas y gastos del Municipio. Acción de nulidad contra el Decreto 308 de 1986

Págs.

(Auto de agosto 4 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 657. Actor: Carlos Enrique Pico). 301

2. Alcaldía Municipal de Medellín, Antioquia. Facultad impositiva local: Tasas, tarifas. Su ejercicio no constituye creación de un impuesto. Acción de nulidad contra las Resoluciones números 1484 y 1518 de 1981 (Sentencia de agosto 4 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 496. Actor: Humberto Medina). 804

3. Alcaldía Municipal de Bucaramanga, Santander. Poder de policía sanitaria local. Sanciones. Acción de nulidad contra el Decreto número 275 de 1982 (Sentencia de agosto 25 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 217. Actor: Gabriel Méndez Jaimes). 808

CAPITULO II

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES

1. Concejo Municipal de Popayán (Cauca). Entidades descentralizadas por servicios. Establecimientos públicos: Finalidad principal. Creación de estas entidades. Orden departamental y local. Estatutos básicos de entidades descentralizadas por servicios en sus diferentes niveles. Acción de nulidad contra el Acuerdo 17 de 1984 (Sentencia de 29 de julio de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 173. Actores: Henry Ruiz Tose y Alirio Calderón Benavides). 819

2. Concejo Distrital de Bogotá (Cundinamarca). Presupuesto general del Distrito Especial de Bogotá. Acción de nulidad contra el Acuerdo 9 de 1985, artículo 8º y el Decreto número 204 de 1986, artículo 8º del Alcalde Mayor de Bogotá (Auto de 21 de agosto de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1638. Actor: Distrito Especial de Bogotá). 834

CAPITULO III

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

1. Junta Distrital de Hacienda de Bogotá (Cundinamarca). Impuesto a espectáculos públicos. Compañía de operas nacionales. Eventos deportivos de beisbol, fútbol, tenis, natación. Representaciones teatrales de autor colombiano que se ponga en escena por actores colombianos. Acción de nulidad contra las Resoluciones números 1433 y 280 de 1981 y 1982 respectivamente (Sentencia de 6 de julio de 1987. Sala de

Págs.

lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente número 0131. Actor: Roberto Echeverry Grisales). 843

2. Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá (Cundinamarca). Legitimación en la causa o personería sustantiva. Intervención de terceros en el proceso. Acción de nulidad contra el acto administrativo contenido en la licencia número 003430 de 1980, sobre construcción (Sentencia de agosto 14 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 95. Actor: Asociación de Propietarios del Chicó Oriental). 850

3. Junta Distrital de Hacienda de Bogotá (Cundinamarca). Unidad de vivienda. Silencio administrativo positivo. Caducidad de la acción. Acción de nulidad contra la Resolución número 2248 de 1980 (Sentencia de octubre 30 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente doctor Carmelo Martínez Colín. Expediente número 1166. Actor: Fedur Limitada). 855

4. Dirección Regional de Deportes del Distrito Especial de Bogotá (Cundinamarca). Renuncia en términos inaceptables. No aceptación por la Administración. Noción del buen servicio. Extemporánea. Presentación. Insubsistencia. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución número 0876 del 17 de octubre de 1980 expedida por el Director de la Regional (Sentencia de septiembre 28 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente número 946. Actor: Alberto Moreno Rojas). 861

CAPITULO IV

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN MUNICIPAL

1. Concejo Municipal de Medellín (Antioquia). Miembros de Juntas o Consejos Directivos. Suspensión provisional del acuerdo contenido en el Acta número 22 de 3 de diciembre de 1986 por medio del cual se eligia las Juntas de Empresas Públicas de Medellín y Empresas Varias Municipales de Medellín (Auto de 17 de julio de 1987. Sala de lo Contencioso Electoral. Ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente número E-108. Actor: Leonel Valencia Paniagua). 883

Aclaración de voto. Consejero doctor Jorge Valencia Arango. 887

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. Municipio de Medellín. Propiedad horizontal. Acción de reparación directa por los perjuicios causados con la construcción del edificio

Págs.

Flor Caribe del Poblado (Sentencia de julio 23 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 4936. Actor: Propiedad horizontal El Patio). 897

2. Nación (Comando Antisecuestro y Extorsión - CAES). Responsabilidad extracontractual del Estado, por daño especial. Rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas. Demanda interpretación. Acción de reparación directa y cumplimiento por los perjuicios causados en operativo realizado por el CAES, el día 7 de diciembre de 1981 (Sentencia de julio 28 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 4983. Actor: Tiberio Restrepo Alvarez y otros). 914

3. Municipio de Medellín. Responsabilidad extracontractual del Estado. Omisión de lanzamiento por ocupación de hecho de la cual se pretende derivarla. Ocupación de hecho. Lanzamiento. Acción de reparación directa y cumplimiento por los perjuicios causados por invasiones (Sentencia de 26 de noviembre de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 4527. Actor: Josefina Valencia vda. de Arroyave). 923

4. Nación (Departamento Administrativo de Seguridad - DAS). Responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio. Sus pruebas mediante la sentencia penal condenatoria dictada contra el agente de la Administración. El valor demostrativo de las copias de la sentencia penal de la existencia del hecho y de la responsabilidad del condenado. Falla del servicio. Inexistencia de su afirmación en la demanda. Efectos de la sentencia penal absolutoria o condenatoria de la persona natural. Acción de reparación directa y cumplimiento por los perjuicios causados por la muerte del señor Juan Alberto Zuleta Camargo (Sentencia de noviembre 25 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5004. Actor: Juan Zuleta Calderón y otros). 948

Salvamento de voto. Doctor Jorge Valencia Arango. 962

5. Nación (Policía Nacional). Condenas a la Administración. Actualización. Acción de reparación directa y cumplimiento por los perjuicios causados por la muerte de Jorge Alberto Betancur Avendaño, ocurrida el 5 de febrero de 1984 (Sentencia de 16 de diciembre de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5088. Actor: Olga Lucía Mc. Ewen vda. de Betancur y otros). 975

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial
"PARA LA LIBERTAD" en el mes de julio de 1991.
Penicentral de Colombia

SANTA FE DE BOGOTA, D. C. - COLOMBIA